

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE

PRÁVNICKÁ FAKULTA

Katedra občanského práva

Diplomová práce

Smlouva o zhotovení softwaru

Custom Software Development Agreement

Zhotovitel: Mgr. Filip Kábrt
Vedoucí: JUDr. Ondřej Frinta, Ph.D.

2014

Prohlášení

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracoval samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze, dne 11. 3. 2014

Mgr. Filip Kábrt

Poděkování:

Děkuji JUDr. Ondřeji Frintovi, Ph.D. za odborné vedení a poskytnutí podnětných rad při vypracování této diplomové práce.

Poděkování patří bezesporu i mé rodině, bez jejíž pomoci bych tuto práci nikdy nebyl schopen realizovat.

OBSAH

1 Úvod.....	1
2 Základní pojmy ve smlouvách o zhotovení softwaru (software, počítačový program, dokumentace a zdrojový kód).....	4
2.1 Software a počítačový program	5
2.2 Dokumentace	8
2.3 Zdrojový kód.....	10
3 Smluvní typy užívané při zhotovení softwaru	15
3.1 Smlouva o dílo	17
3.2 Licenční smlouva	24
3.3 Nepojmenované a smíšené smlouvy	26
3.4 Rámcové smlouvy	28
4 Smlouva o zhotovení softwaru.....	32
4.1 Vymezení softwaru jako díla ve smlouvě	33
4.2 Licenční a kvazilicenční ustanovení	35
4.3 Etapy zhotovení softwaru.....	43
4.3.1 Vyjednávání o smlouvě.....	44
4.3.2 Změnové řízení, kontrola prací na díle	46
4.4 Cenové ujednání.....	47
4.5 Předání a převzetí softwaru.....	48
4.6 Vady a odpovědnost za škodu způsobenou vadou.....	51
4.7 Smluvní pokuta	56
4.8 Práva a povinnosti stran	58
4.8.1 Součinnost a komunikace mezi stranami	61
5 Závěr	63
Použité zkratky	68
Seznam zdrojů.....	69
Název diplomové práce v anglickém jazyce.....	74
Abstract.....	74
Klíčová slova / Key words.....	77

1 Úvod

Předkládaná práce na téma Smlouva o zhotovení softwaru se zabývá v praxi stále více žádanou smluvní úpravou práv a povinností objednatele a zhotovitele softwaru a problémy s tím souvisejícími. Vzhledem k tomu, že v takto tematicky zaměřené práci se není možné vyhnout pojmům z informačních technologií, předpokládá tato práce určitou základní znalost takových pojmů.

Vybrané téma je nanejvýe aktuální, jelikož v praxi se ukazuje zvýšená potřeba smluvně podchytit veškeré možné problematické okruhy zhotovení softwaru a to vzhledem k tomu, že v případech, kdy už je software zhotovován na zakázku, se jedná většinou o finančně značně náročné projekty. Téměř vždy se přitom jedná o částky přinejmenším v řádech desítek či stovek tisíc korun. Případné nedostatky smluvní úpravy pak mohou vést k dalším nepředpokládaným nákladům jak na straně objednatele, tak na straně zhotovitele, tak k úplnému zmaření investice do softwaru.

Smlouva o zhotovení softwaru je navíc jako předmět zkoumání specifická tím, že kombinuje problémové okruhy z práva a z IT technologií. Tím se dostává na zcela specifickou úroveň zkoumání, kdy posuzování jednotlivých problémů nemůže být bráno pouze z pohledu právního, ale je třeba mít vždy na paměti i hledisko technické. Právo zde ostatně funguje pouze jako prostředek, který má ve většině případů na jedné straně zaručit vytvoření softwaru dle představ objednatele a na straně druhé zajistit včasné zaplacení odvedené práce zhotovitele.

Již předem lze předpokládat, že se jedná o téma komplikované, jednak vzhledem k výše uvedené kombinaci aspektů práva a IT, ale taktéž vzhledem k tomu, že i samotné téma je z hlediska obsahu velice různorodé. Je totiž například třeba vyřešit nejenom otázku zhotovení softwaru jako díla, ale smlouva o zhotovení softwaru se musí taktéž zabývat problematikou autorských práv k takovému softwaru. Ačkoliv by někdo mohl namítnout, že licenční případně kvazilicenční ustanovení by mohlo být upraveno v samostatné smlouvě, nelze toto z důvodu roztržštěnosti takové úpravy považovat za vhodné řešení.

Aktuálnost tématu taktéž podchycuje skutečnost, že tato práce vzniká na počátku období účinnosti nového kodexu civilního práva – Občanského zákoníku (zákon č. 89/2012 Sb.) Tato práce bude vypracována již na základě nové úpravy a na ustanovení dřívějších právních předpisů odkáže spíše jen pro srovnání.

Téma smluvní úpravy zhotovení softwaru se již na počátku tvorby této práce – po utřídění základních pramenů a zdrojů, ukázalo být jako velice rozsáhlé. Zejména problematika týkající se jednotlivých pojmů, které se vztahují ke zhotovení softwaru, jako je zdrojový kód nebo dokumentace, by společně s problematikou implementace vystačily na samostatnou odbornou práci. Proto budou v příslušných kapitolách zmíněny pouze nejproblémovější okruhy, s nimiž se lze setkat v prakticky každé smlouvě o zhotovení softwaru. Práce se tak pokusí nabídnout ucelený, nikoliv však vyčerpávající pohled na danou tematiku, což by vzhledem ke stanovenému rozsahu ani nebylo možné.

Práce bude využívat jednak obecné logické metody (abstrakce, konkretizace, analýza syntéza, indukce, dedukce) tak i metody interpretace používané v právu (gramatická, systematická, teleologická, historická a komparativní metoda). V této práci nebude obsažen historický exkurs, jak bývá zvykem u prací obdobných. Smluvní úprava zhotovení softwaru je jednak relativně mladou problematikou, u které by rozebrání historických souvislostí nic důležitého zřejmě nepřineslo a dále by došlo k dalšímu rozměňování tématu, kterému bych se rád vyhnul.

Co se týče zdrojů, ze kterých budu čerpat při zpracování této práce, tak největší část z nich budou tvořit články publikované on-line. Článků v tištěných časopisech, či monografiích zabývajících se tématem této práce se ukázalo být nemnoho, přičemž některé z takových monografií potřebnou látku navíc upravují pouze okrajově. Při tvorbě této práce budu čerpat taktéž ze zkušeností nabytých v praxi, právě v oblasti IT práva, kde se zabývám přímo přípravou smluv o zhotovení softwaru.

Jak již vyplývá z výše uvedeného, předmětem zkoumání této práce bude smlouva o zhotovení softwaru. Cílem, kterého se tato práce pokusí dosáhnout, bude ucelený

popis problematiky, kterou je smlouva o zhotovení softwaru, jako celku, a s tím související odpověď na několik doplňujících otázek:

1. Lze smlouvu o zhotovení softwaru podřadit pod některý ze smluvních typů upravených v OZ? Pokud ano, lze smlouvu o zhotovení softwaru zařadit pod jediný smluvní typ nebo se jedná o smlouvu, která nese znaky více smluvních typů?
2. Lze vytvořit typologii smluv o zhotovení softwaru? Pokud ano podle jakých kritérií?
3. Lze vytvořit univerzální strukturu smlouvy o zhotovení softwaru s podstatnými náležitostmi, které nemohou chybět v žádné smlouvě o zhotovení softwaru?
4. Lze rozdělit zhotovení softwaru na fáze? A pokud ano, jaké fáze to budou?

2 Základní pojmy ve smlouvách o zhotovení softwaru (software, počítačový program, dokumentace a zdrojový kód)

Předtím než se tato práce začne zabývat vlastním procesem zhotovení softwaru, je třeba vymezit základní terminologii. Jednotná terminologie bude potřebná nejenom pro účely této práce, ale její vymezení by mělo být součástí každé smlouvy. Důvodem, proč je nanejvýš vhodné zabývat se terminologií i v jinak jednoduchých smlouvách o zhotovení softwaru je, že ujasnění terminologie předem zamezí (nebo přinejmenším sníží) možnost vzniku sporů z dané smlouvy. Tyto smlouvy jsou totiž typické tím, že obsahují značné množství neprávních pojmů, které jsou technického charakteru (software, program, aktualizace, modul), avšak jejich vymezení přímo podmiňuje obsah vlastního závazku vznikajícího mezi stranami.

Nezřídka se může také stát, že na první pohled „jasné“ termíny, si každá ze smluvních stran vyloží jinak a to i z toho důvodu, že v různých publikacích bývají takové termíny vyloženy různě. Dojde tedy k počátečnímu nepochopení na obou stranách, kdy je od počátku představa objednatele softwaru rozdílná od představy zhotovitele o tom, jak by mělo dílo na základě uzavřené smlouvy vypadat. Pokud pak dílo neodpovídá představám objednatele, dochází logicky ke sporu, jenž sám o sobě může ohrozit další spolupráci mezi stranami, či může v konečném důsledku vést k soudnímu sporu, který však vzhledem ke zdoluhavosti, k nejistotě výsledku (podstatou takového sporu by byl rozdílný výklad neprávních termínů) a obvykle též finanční náročnosti, není v zájmu ani jedné ze stran.

Věřím, že tímto byl dostatečně obhájen požadavek sjednocené terminologie a nyní je možné přistoupit k vymezení vlastních termínů. Termíny, kterými se bude zabývat tato kapitola – software, počítačový program, dokumentace a zdrojový kód, nebyly vybrány náhodně. Jedná se dle mého názoru o termíny, kterým se není možné při zhotovení softwaru na objednávku vyhnout a to ani v těch nejzákladnějších smlouvách.

Zároveň je s každým z uvedených termínů spojen určitý druh „problému“, který bude níže rozebrán.

Dále uvedené termíny lze tedy považovat za základní, avšak katalog použitých termínů ve výsledné smlouvě bude záležet na konkrétním obsahu takové smlouvy. Nakonec je třeba připomenout, že bude-li termín stanoven nejasně či matoucím způsobem, bude se vykládat „(...) *k tíži toho, kdo výrazu použil jako první*“.¹

Z hlediska stran smluvního vztahu, nebude-li dále stanoveno jinak, se práce i v dalších kapitolách přidrží pojmů „zhotovitel“ a „objednatel“ tak, jak jsou používány v rámci smlouvy o dílo (§ 2586 OZ, § 631 OZ 1964).

2.1 Software a počítačový program

Pojem software je ústředním termínem této práce a logicky taktéž vlastní smlouvy o zhotovení softwaru. Na začátek je také třeba zdůraznit, že existuje velké množství definic softwaru, které se od sebe více či méně liší. V některých případech (u některých právních předpisů²) dochází přímo ke ztotožňování pojmů software a počítačový program. Tato práce provede rozlišení pojmů „software“ a „počítačový program“, avšak v případné smlouvě nebude mít toto rozlišování až takovou váhu v závislosti na vymezení obsahu pojmů v konkrétním případě. Obdobně se k tomuto staví odborná literatura, která pojmy software a počítačový program z hlediska významu považuje za „*velmi podobné, až shodné*“³. Vzhledem k tomu, že Autorský zákon používá pouze pojem počítačový program a pojem software nepoužívá, bude i v práci používán u výkladu v rámci autorského zákona pojem počítačový program.

¹ § 557 OZ, srov. § 266, odst. 4 ObchZ

² Příkladmo § 19 odst. 7 zákona č. 586/1992 Sb. a § 30 odst. 2 zákona č. 108/2006 Sb.

³ MAISNER, Martin et al. MAISNER, Martin et al. Základy softwarového práva. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2011, str. 4.; JANSÁ, Lukáš, OTEVŘEL, Petr. Softwarové právo: praktický průvodce právní problematikou v IT. Vyd. 1. Brno: Computer Press, 2011, s. 30.

Pro potřeby této práce bude jinak pojem software užíván jako zastřešující termín pro programové vybavení počítače - „software“ bude chápán jako množina, kde „počítačový program“ bude součástí této množiny.

Jak již bylo uvedeno výše, v našich (českých) právních předpisech se lze setkat s oběma termíny, ačkoliv pojem „software“ je z hlediska četnosti v menšině oproti pojmu „počítačový program“. Odborná literatura v tomto kontextu upozorňuje i na nejednotný přístup k překladu termínů v mezinárodních smlouvách⁴.

Tezi, že pojem software je nadřazený pojmu počítačový program, napomáhá taktéž užití těchto termínů v předpisech evropského práva. Tak například článek (article) 3 nařízení Rady 6/2002⁵ hovoří o počítačovém programu („computer program“), přičemž z kontextu tohoto článku vyplývá snaha vyloučit z pojmu „výrobek“ konkrétní (ohraničitelný) program, jako samostatný funkční celek tvořený provázaným souborem instrukcí (k tomu viz níže v textu), nikoliv veškeré programové vybavení počítače (software). Naproti tomu nařízení Rady 428/2009⁶ používá v článku 2 pojem „software“ a to ve smyslu nikoliv jednotlivě ohraničitelného programu, ale pro veškeré programové⁷ vybavení počítače, což je mnohem vhodnější k dosažení zamýšleného z účelu tohoto nařízení, kterým je regulace zboží dvojího užití.

Pojem software pronikl do české terminologie z anglického jazyka a v současnosti je již běžně používán, stejně jako pojem hardware. Tyto dva termíny jsou chápány jako dva protiklady tvořící celek (počítačový systém), kde hardware označuje „hmotnou“ složku a software složku „nehmotnou“. Vymezením softwaru jako nehmotné části počítačového systému se dostáváme k první a nejjednodušší definici softwaru, která by

⁴ MAISNER, Martin et al. Základy softwarového práva. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2011, str. 4.

⁵ Nařízení Rady č. 6/2002, ze dne 12.12.2001, o průmyslových vzorech Společenství

⁶ Nařízení Rady č. 428/2009, ze dne 5.5.2009, kterým se zavádí režim Společenství pro kontrolu vývozu, přepravy, zprostředkování a tranzitu zboží dvojího užití

⁷ V tomto případě je pojem programové vybavení míněn extenzivně čili nikoliv jen jako samostatný program, ale i ostatní data (například samostatné knihovny), která nemusí tvořit samostatně funkční celek.

se, s přihlédnutím k různým modifikacím, dala shrnout jako „nehmotná část počítačového systému“, či „to co není hardware“⁸.

Negativní vymezení určitého obtížně postižitelného jevu lze považovat za relevantní výsledek definičního úsilí, avšak takovéto definice nám neumožňují učinit si ucelenou představu o skutečném obsahu pojmu. Proto se tato práce pokusí dále nabídnout i pozitivní definice.

Jak už bylo naznačeno výše, některá pojetí pojmu software se přibližují spíše pojmu počítačový program, který bude rozveden dále. Oproti tomu stojí vymezení pojmu „software“, kdy je za software považováno vše, co lze elektronicky uchovat v počítači (extenzivní pojetí). V tomto pojetí tak spadá pod pojem software veškerý strojový kód počítače, ať už se jedná o samostatný program, položku v databázi, či pouze o textový soubor. Toto pojetí tak doslovně koresponduje s vymezením softwaru jako protikladu k hardwaru, čili „vše co není hardware“.

Dle výkladového slovníku výpočetní techniky je software „*obecně série programových instrukcí, uložená v přirozených celcích (souborech) na záznamovém médiu či v paměti počítače. Software sám je vždy „nehmotný“, ke svému šíření a používání vždy potřebuje hardware*“⁹.“ Svým pojetím tak tato definice stojí mezi výše uvedeným extenzivním pojetím a pojetím, kdy je software prakticky ztotožňován s počítačovým programem.

Počítačový program je oproti tomu definován jako: „*ucelený souhrn instrukcí (příkazů), pomocí kterých provádí počítač určitou činnost. Program je tvořen souborem nebo více soubory, které jsou v úhrnu dostatečně schopné provádět předepsanou činnost*“¹⁰.“ Je vidět, že tato definice počítačového programu klade oproti definici softwaru důraz na určitou ucelenost. To je dáno tím, že počítačový program považujeme

⁸ JANSÁ, Lukáš, OTEVŘEL, Petr. Softwarové právo: praktický průvodce právní problematikou v IT. Vyd. 1. Brno: Computer Press, 2011, s. 29.

⁹ HLAVENKA, Jiří et al. Výkladový slovník výpočetní techniky a komunikací. 1. vyd. Praha: Computer Press, 1997, str. 379.

¹⁰ Tamtéž, str. 328.

za funkční celek, kdežto software v sobě zahrnuje i více počítačových programů, které jsou na sobě jinak nezávislé.

„Definici“ pojmu počítačový program nabízí i Směrnice 2009/24/ES, avšak je jí třeba brát s jistou rezervou, jelikož nevymezuje samotný pojem počítačový program, ale pouze uvádí, co též se do tohoto pojmu řadí (např. taktéž přípravné a koncepční práce vedoucí k vytvoření počítačového programu). Taxativní pozitivní nebo negativní vymezení vlastního pojmu však schází.

Zajímavou otázkou je, zda je součástí počítačového programu, respektive softwaru, „obsah“ programu (například záznam v databázi). Tato otázka není v teorii ani v praxi zcela uzavřena, avšak většina odborné veřejnosti se kloní spíše k tomu, že nikoliv. Opět však bude hlavně záležet na tom, jak bude ve smlouvě definován pojem software, případně počítačový program. Smluvním stranám prakticky nic nebrání v tom, aby v definiční části smlouvy výslovně uvedly, například že součástí softwaru bude i předem dohodnutý obsah databáze, který zhotovitel vytvoří.

Jako shrnutí pojednání o softwaru a počítačovém programu lze tedy uvést, že má-li být dle smlouvy zhotoven určitý komplexní celek, který obsahuje více relativně nezávislých programů, je vhodnější pracovat s pojmem „software“, jako s označením pro celek a pojem „počítačový program“ rezervovat pro popis jednotlivých součástí (dílčích programů). Jinak ale platí to, co bylo již řečeno v prvním odstavci, tedy že pojmy software a počítačový program si jsou velmi blízké a z hlediska jejich obsahu pro potřeby konkrétní smlouvy bude záležet na jejich vymezení v takové smlouvě.

2.2 Dokumentace

Vymezení dokumentace ve smlouvě a její dostatečná úprava bývají často podceňovány. Jedná se přitom dle mého názoru o téměř stejně tak důležitý bod jako je vymezení samotného softwaru jako díla (viz kapitola 4.1.) Dokumentace totiž ve většině případů determinuje následnou použitelnost zhotoveného softwaru. Může být sice částečně nahrazena podporou přímo od zhotovitele, ale pro objednatele je jednoznačně výhodnější, pokud i v takovém případě má k dispozici co nejpodrobnější softwarovou

dokumentaci. Může se totiž stát, že zhotovitel svou činnost ukončí, případně nebude k zastížení a vyskytne-li se poté nějaký problém se zhotoveným softwarem, bude ho objednatel, bez dostatečné dokumentace, pravděpodobně řešit jen s velkými obtížemi.

Samostatnou kapitolu pak tvoří dostatečná dokumentace zdrojového kódu (k tomuto pojmu viz níže), která je rozhodující v případě, že se má do programu následně zasahovat (ať už jde o opravu, vylepšení, rozšíření atd.) a to zejména tehdy, pokud bude tento zásah činit jiná osoba než zhotovitel. V případě úplné absence dokumentace ke zdrojovému kódu může být dodatečný zásah do softwaru prakticky nemožný, nebo vzhledem k časové náročnosti takového zásahu, finančně neúnosný. Dobře provedená dokumentace tak nepřímo šetří dodatečné budoucí náklady objednatele.

Dle výkladového slovníku výpočetní techniky jsou dokumentací: „*Tištěné nebo digitální informace dodávané k softwarovým nebo hardwarovým produktům*”¹¹. Tato definice je velice široká a asi postihuje to, co si běžný uživatel pod tímto pojmem představí, ale z hlediska toho, co bude zhotovitel povinen dodat spolu se softwarem, bude třeba tuto definici trochu konkretizovat. Především vidím jako vhodné výslovně uvést, že se bude jednat o informace, které popisují funkce softwaru a způsob jeho používání. V rámci definice je pak žádoucí přímo otevřeným výčtem uvést několik příkladů toho, co je apriori považováno za dokumentaci: např. uživatelské a technické příručky, instruktážní videa, tutoriály¹² atd. Dokumentaci ke zdrojovému kódu lze vymezit v samostatné větě například tímto způsobem „*Dokumentací se rozumí též poznámky ve zdrojovém kódu, umožňující snadnější pochopení a rychlou úpravu zdrojového kódu osobou odlišnou od zhotovitele*“. Je třeba trvat na tom, aby poznámky ke zdrojovému kódu byly psány takovým způsobem, aby byly pochopitelné i pro osobu odlišnou od zhotovitele z důvodů, které již byly nastíněny výše (zhotovitel ukončí činnost, je nedosažitelný atd.)

¹¹ HLAVENKA, Jiří et al. Výkladový slovník výpočetní techniky a komunikací. 1. vyd. Praha: Computer Press, 1997, str. 121.

¹² K pojmu tutoriál blíže viz HLAVENKA, Jiří et al. Výkladový slovník výpočetní techniky a komunikací. 1. vyd. Praha: Computer Press, 1997, str. 415.

Z hlediska formy dokumentace je dnes nejběžnější dodání dokumentace v elektronické podobě, např. ve formátu „pdf¹³“. Kromě formy dokumentace by v odůvodněných případech měl být výslovně dohodnut také jazyk dokumentace a to konkrétně tehdy, kdy zhotovitel a objednatel hovoří každý jiným jazykem a předpokládání uživatelé (nejčastěji zaměstnanci objednatele) takový jazyk neovládají. Dohodou jazyka dokumentace se tak předejde zbytečným nedorozuměním a dodatečným nákladům na překlad. To ostatně platí též o dohodě, v jakém jazyce má být samotný zhotovovaný software. V případě vzniku sporu a absence takové dohody, by bylo obzvláště obtížné dovozovat například, že software měl být v jazyce, kterým je sepsána smlouva¹⁴.

Je také vhodné zmínit, že z pohledu autorského práva může být dokumentace považována za samostatné autorské dílo, pokud je jedinečným výsledkem tvůrčí činnosti autora, který je vyjádřen v objektivně vnímatelné podobě (§ 2 odst. 1 AZ).

2.3 Zdrojový kód

Výkladový slovník definuje zdrojový kód jako: „*Programové příkazy, napsané v programovacím jazyku, určené k interpretaci nebo kompilaci a následnému spouštění*¹⁵“. Před samotným bližším rozбором pojmu zdrojový kód, je třeba zdůraznit, že ačkoliv se i zde jedná o technický pojem, je třeba věnovat jeho úpravě ve smlouvě zvýšenou pozornost. Zdrojový kód je totiž základním předpokladem následných zásahů do softwaru, jeho úprav, oprav či rozšíření. Nejasnosti ohledně majetkových práv ke zdrojovému kódu tudíž mohou vést jak k časovým, tak finančním ztrátám a ve výsledku dokonce ke zmaření celého podnikatelského záměru.

¹³ „Pfd“ – „Portable Document Format“; blíže např.: Portable Document Format. In: Wikipedia: the free encyclopedia [online]. San Francisco (CA): Wikimedia Foundation, 2001-2014 [cit. 2014-03-08]. Dostupné z: http://cs.wikipedia.org/wiki/Portable_Document_Format

¹⁴ Pokud by strany hovořící různými jazyky zvolily jako kompromis pro znění smlouvy např. angličtinu, lze najít domnělou spojitost angličtiny s jazykem, ve kterém měl být program, opravdu jen stěží.

¹⁵ HLAVENKA, Jiří et al. Výkladový slovník výpočetní techniky a komunikací. 1. vyd. Praha: Computer Press, 1997, str. 382.

Jak již bylo uvedeno výše, zdrojový kód je text¹⁶ (programové příkazy) napsaný v programovacím jazyku¹⁷. Pokud se však strany dohodnou, že objednateli bude předán zdrojový kód, mělo by dojít také k jasnému vymezení, v jaké podobě bude zdrojový kód předán. Samotná deklarace, že se bude jednat o text (programové příkazy) napsaný v programovacím jazyku, by totiž mohla být velice nedostatečná. Důsledkem by tak mohlo být, že je objednateli předán prostý textový soubor (s příponou „.txt“), který obsahuje několik tisíc neočíslovaných a nepřehledných řádků kódu, čímž klesá hodnota takového „zdrojového kódu“ pro objednatele prakticky na nulu. Co se v tomto případě stalo? Zhotovitel sice předal „zdrojový kód“, avšak nepředal projekt.

Moderní programovací jazyky nepracují s jediným „souborem“, ale často pracují s univerzálními knihovnami či předpřivavenými balíčky, které umožňují programátorovi volat funkce, jejichž implementace by ho jinak stála značné množství času. Pro účely této práce stačí zjednodušeně uvést, že v moderních jazycích se pracuje s tzv. projekty, které umožňují rozdělit kód (nejen z důvodu přehlednosti) na několik částí. Tento přístup pak umožňuje jednotlivým programátorům pracovat na částech kódu, aniž by zasahovali do práce svých kolegů a zároveň umožňuje připojovat celé balíčky kódu z externích zdrojů. Tyto projekty se obvykle skládají z několika souborů, přičemž „hlavní“ z nich, po otevření v programovacím jazyku, otevře celý projekt, čímž také zobrazí celou strukturu kódu programu. S takto otevřeným projektem pak programovací jazyk umí dále pracovat (což se rozhodně nedá říct o výše uvedeném příkladu s jedním textovým souborem) - na pokyn programátora jej přeloží do strojového kódu, čímž vzniká samostatně spustitelný počítačový program (tj. spustitelný bez programovacího jazyka).

V rámci smluvní úpravy předání zdrojového kódu je tudíž nanejvýš vhodné toto výslovně upravit jako předání celého projektu programovacího jazyka a to se všemi

¹⁶ ŠTĚDRŮŇ, Bohumír. Ochrana a licencování počítačového programu. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2010, str. 64.

¹⁷ K programovacímu jazyku blíže např.: Programovací jazyky. Stránky všeobecně o programování [online]. [cit. 2014-03-11]. Dostupné z: <http://k-prog.wz.cz/progjaz/index.php>

knihovnamy a dalšími soubory, které jsou součástí projektu. Jestliže projekt obsahuje grafické prvky, je vhodné smluvně ošetřit taktéž předání souborů s grafikou¹⁸.

Druhá část výše uvedené definice zdrojového kódu spočívá v tom, že se jedná o příkazy určené k interpretaci nebo kompilaci a následnému spuštění. Tím dochází k odlišení zdrojového kódu od poznámek programátora (viz kapitola 2.2) a taktéž od tzv. strojového kódu, což je: „*Program vyjádřený v počítači zcela elementárním způsobem jako posloupnost instrukcí procesoru*¹⁹“, nebo laicky řečeno vyjádření programu „*(...) kterému je počítač schopen rozumět*²⁰“.

Ani tehdy, pokud by smlouva neobsahovala vymezení předání zdrojového kódu jako předání projektu a došlo by k výše uvedenému předání „čistého“ kódu zhotovitelem jenom v textovém souboru, nemusí to pro objednatele znamenat konec nadějí na použitelný zdrojový kód.

Domnívám se, že v tomto případě by bylo možné se odvolat na obecná ustanovení OZ ohledně povinnosti jednat v právním styku poctivě (§ 6 OZ), jelikož teleologickým výkladem jakéhokoliv zakotvení předání zdrojového kódu objednateli, bude i závěr, že účelem je, aby objednatel mohl tento kód dále použít. Jedná se však pouze o názor autora, který u nás není podložen žádným soudním rozhodnutím (tím spíše vzhledem ke krátké době účinnosti OZ) a pouštět se do soudního sporu v takovém případě lze doporučit až jako skutečně poslední možnost a po pečlivém zvážení všech možných nákladů v případě, že se soud s tímto názorem neztotožní.

¹⁸ Například nativní soubory grafického programu Adobe Photoshop „PSD“. Blíže k formátu „PSD“ např.: PSD. In: Wikipedia: the free encyclopedia [online]. San Francisco (CA): Wikimedia Foundation, 2001-2013 [cit. 2014-03-11]. Dostupné z: <http://cs.wikipedia.org/wiki/PSD>

¹⁹ HLAVENKA, Jiří et al. Výkladový slovník výpočetní techniky a komunikací. 1. vyd. Praha: Computer Press, 1997, str. 249.

²⁰ MAISNER, Martin et al. Základy softwarového práva. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2011, str. 3.

Taktéž by přicházelo v úvahu užití § 547 OZ, který uvádí, že „*Právní jednání musí obsahem a účelem odpovídat dobrým mravům²¹ i zákonu*“. Předpokládejme situaci, že zhotovitel má zdrojový kód v podobě projektu. Přesto vyvine úsilí, aby ho převedl do jediného textového souboru, přičemž každému, kdo má alespoň základní znalosti programování musí být jasné, že tím zdrojový kód ztrácí svůj smysl (možnost dalších úprav v programu) a dochází tak k jeho faktickému znehodnocení. Takto vyvinuté úsilí potom nelze vtěsnat pod pojem dobrých mravů, jak byl vyložen ve výše citovaném usnesení Ústavního soudu, ani při nejextenzivnějším výkladu.

V důsledku rozporu s dobrými mravy by pak, v souladu s § 547 OZ, nebylo možné takové předání zdrojového kódu vůbec pokládat za jednání v právním slova smyslu a povinnost zhotovitele předat zdrojový kód by zůstala nesplněná. V souvislosti s novou úpravou OZ je vhodné na tomto místě poukázat na ustanovení § 2909 OZ, kde je výslovně uvedeno, že škodu lze způsobit i úmyslným porušením dobrých mravů.

Lze tak předpokládat, že pokud by se soud v daném případě ztotožnil se závěrem, že zhotovitel porušil dobré mravy a zdrojový kód vůbec nebyl předán, bylo by možno následně vůči zhotoviteli požadovat náhradu škody způsobenou nedodáním, případně opožděným dodáním tohoto kódu.

Obtížná je univerzální odpověď na otázku, zda je možné požadovat zdrojový kód i tehdy, pokud by otázka předání zdrojového kódu vůbec nebyla podchycena. Pokud se bude jednat o software, kde si uživatel „kupuje licenci“, čili užívá dílo na základě licenčního ujednání, bude rozhodující právě znění takového licenčního ujednání. Jeden z názorů v tomto případě je, že pokud je dle licenčního ujednání nabyvatel oprávněn program měnit či překládat, je předpokladem realizace těchto práv a tudíž i účelu smlouvy zpřístupnění zdrojového kódu²². Nicméně, tento názor nebyl doposud potvrzen

²¹ K pojmu „dobré mravy“ např.: Usnesení Ústavního soudu sp. zn.: II ÚS 249/97, ze dne 26. 2. 1998; publikováno ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu pod číslem 14/1998.

²² AUJEZDSKÝ, Jozef. Máte právo na zdrojový kód svého programu?. In: LUPA.cz [online]. 2005 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.lupa.cz/clanky/mate-pravo-na-zdrojovy-kod-sveho-programu/>

relevantní judikaturou a nelze se tedy spoléhat na to, že se soud musí s tímto názorem ztotožnit.

V případě smlouvy o zhotovení softwaru budou počítačový program a databáze považovány z hlediska autorského práva, dle § 58 odst. 7 AZ poměrně často za dílo zaměstnanecké (k tomu blíže viz kapitola 4.2), s čímž souvisí, že „(...) *zaměstnavatel vykonává svým jménem a na svůj účet autorova majetková práva k dílu* (...)”²³ Odstavec 4 citovaného paragrafu 58 AZ pak zmiňuje, že nebylo-li dohodnuto jinak, má se za to že autor dal v takovém případě svolení k úpravám díla a k překladu. Na rozdíl od smluvního licenčního ustanovení tak vyplývá toto oprávnění přímo ze zákona. I v tomto případě byl vysloven názor²⁴, že vykonavatel majetkových práv (v našem případě objednatel) bude moci požadovat přístup ke zdrojovému kódu s použitím argumentu, že bez takového přístupu by nemohl dílo ani upravovat ani překládat.

²³ § 58 odst. 1 AZ

²⁴ AUJEZDSKÝ, Jozef. Máte právo na zdrojový kód svého programu?. In: LUPA.cz [online]. 2005 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.lupa.cz/clanky/mate-pravo-na-zdrojovy-kod-sveho-programu/>

3 Smluvní typy užívané při zhotovení softwaru

Na začátek je vhodné uvést, že tato kapitola se pokusí odpovědět na otázku položenou v úvodu - z jakých smluvních „typů“ se vůbec skládá smlouva o zhotovení softwaru nebo a zda lze tuto smlouvu vtěsnat pod jediný z některých smluvních typů v OZ.

V současném soukromém právu se stává rozhodujícím pojmem při uzavírání smluv pojem smluvní svoboda. Smluvní svoboda samozřejmě existovala již ve staré soukromoprávní úpravě avšak nový Občanský zákoník tento princip, vycházející z čl. 2 odst. 3 Listiny, ještě více akcentuje. Nový Občanský zákoník upravuje smluvní svobodu v § 1725 OZ v tom smyslu, že záleží na vůli stran, jakou smlouvu si ujednají a jaký bude její obsah. Do pojmu smluvní svobody pak fakticky patří i výběr smluvního partnera, změna obsahu smlouvy či rozvázání smluvního vztahu²⁵. Důležité je však zdůraznit, že vůle stran nebude zcela neohrazená, ale jak uvádí i výše citovaný paragraf 1725 OZ, mezi budou ustanovení právního řádu.

I v otázce vytyčení mezí je však OZ v rámci závazků z právních jednání navýsost benevolentní. Narážím zde na otázku kogentních a dispozitivních ustanovení, kterou nový Občanský zákoník řeší § 1 odst. 2 OZ. Na rozdíl od zrušeného Obchodního zákoníku tak nová úprava neobsahuje vyčerpávající výčet těch ustanovení, od kterých se nelze odchýlit²⁶, ale upravuje tuto otázku způsobem, který dle názoru autora příliš nepřispívá k právní jistotě²⁷. Stranám se tak na jednu stranu otevírají nové možnosti úpravy vzájemných vztahů, avšak na druhé straně zde stojí riziko konstatování rozporu takové úpravy s dobrými mravy či s veřejným pořádkem (§ 2 odst. 1 OZ). Bližší rozbor

²⁵ BEJČEK, Josef. Existuje smluvní svoboda? Právník. 1998, roč. 137, č. 12, s. 1021.

²⁶ § 263 ObchZ

²⁷ Zejména v souvislosti s použitím neurčitých právních pojmů, viz § 1 odst. 2 OZ. Bliže k problematice kogentních a dispozitivních norem např.: MALÍŠ, Daniel. Kogentnost právních norem dle nového Občanského zákoníku. In: Epravo.cz [online]. 2013 [cit. 2014-02-28]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/kogentnost-pravnich-norem-dle-noveho-obcanskeho-zakoniku-93262.html>

toho, která konkrétní ustanovení budou kogentní a která dispozitivní, by již šel nad rámec této práce. Navíc se v těchto otázkách často neshoduje ani odborná veřejnost a konečně, v době sepsání této práce není k dispozici ani žádná relevantní judikatura, která bude pro každodenní praxi nejdůležitější.

Nový Občanský zákoník vymezuje stejně jako OZ 1964 určité smluvní typy. Ačkoliv jsou obecně závazkové vztahy značně různorodé, některé z těchto vztahů mají charakteristický obsah a „ (...) uzavřená smlouva běžně odpovídá nějakému zákonnému smluvnímu typu, o jehož podstatných náležitostech se strany dohodnou²⁸“. Zobecněním jednotlivých smluvních vztahů tak získáváme smluvní typy, které se v Českém právu označují též jako smlouvy pojmenované. Kromě těchto pojmenovaných smluv existují ještě smlouvy nepojmenované, což jsou smlouvy, které neodpovídají žádnému upravenému smluvnímu typu. Právní teorie zná také smlouvy smíšené. Smlouva smíšená na rozdíl od nepojmenované smlouvy odpovídá několika smluvním typům upraveným v zákoně.

Než se práce v následujících podkapitolách pokusí přiblížit některé pojmenované smlouvy, které by přicházely v úvahu pro potřeby úpravy vztahů spadajících do smlouvy o zhotovení softwaru, bude třeba vymezit, co vlastně chápeme pod samotnou „smlouvou o zhotovení software“, neboli konkrétně jaké vztahy by měli být v této smlouvě upraveny.

Na počátku tvorby takové smlouvy je totiž třeba položit si otázku, co má být výsledkem procesu, který chceme smluvně upravit. „Zhotovení softwaru“ v tomto případě může být poněkud zavádějící, neboť i z autorovy zkušenosti, většina procesů, pouhým zhotovením softwaru zdaleka nekončí. Takzvaně „zakázkové“ zhotovení softwaru je procesem, kdy se objednatel většinou nespokojí pouze s vytvořením softwaru, ale požaduje k němu zhotovení dokumentace, jeho implementaci a další podporu. Výsledkem procesu tak může být pouze zhotovený software, ale může jím být

²⁸ Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., (Občanský zákoník)

taktéž například nainstalovaný a odzkoušený software na pracovišti objednatele, včetně proškolených zaměstnanců.

Je tedy třeba počítat s tím, že se často nebude jednat o pouhé „zhotovení“ softwaru, ale že celý proces upravený smlouvou bude zahrnovat i další kroky, které je nutné taktéž smluvně podchytit. Až poté co bude dostatečně rozklíčován proces, lze na základě jeho obsahu provést analýzu toho, jaké smluvní typy budou připadat pro daný konkrétní případ v úvahu.

Na tomto místě je vhodné připomenout, že ačkoliv v době tvorby této práce již platí nová úprava soukromého práva, budeme se v praxi setkávat ještě po nějakou dobu i se smlouvami, které se budou řídit úpravou OZ 1964, neboť v souladu se zásadou zákazu retroaktivity se budou novou úpravou řídit (až na výjimky - např. § 3074 OZ) až smlouvy uzavřené po účinnosti OZ (§ 3028 OZ).

Vzhledem k tomu, že zhotovení (vytvoření) softwaru předpokládá určitou činnost, jejímž výsledkem je software, nabízí se na prvním místě, mezi smluvními typy, které zná OZ a které se hodí pro úpravu procesu zhotovení softwaru, smlouva o dílo.

3.1 Smlouva o dílo

OZ smlouvu o dílo upravuje v § 2586 až 2635. Od 1. 1. 2014 došlo ke sjednocení úpravy, která doposud znala jednak smlouvu o dílo dle OZ 1964, avšak samostatnou smlouvu o dílo upravoval i dříve platný Obchodní zákoník. Dnes tedy máme jedinou zákonnou úpravu smlouvy o dílo nehledě na to, zda jsou stranami podnikatelé či nepodnikatelé. Ve smlouvách uzavřených před 1. 1. 2014 se v drtivé většině případů jednalo o smlouvy uzavřené mezi podnikateli, které se řídily právě režimem starého obchodního zákoníku.

Již na začátku je třeba podotknout, že je nutné dát si pozor, v jakém stádiu vývoje se software nachází, pokud by totiž software byl již hotový, nemůže se z principu jednat o smlouvu o dílo, neboť u dokončené věci by nebyly naplněny znaky díla (§ 2587 OZ). Domnívám se, že v určitých případech, kdy by byly splněny podmínky v § 556 OZ, by

se taková „domnělá“ smlouva o dílo mohla posuzovat jako projev vůle, jehož obsahem je poskytnutí licence k již zhotovenému softwaru²⁹.

Jelikož dle dřívější úpravy byly věcmi pouze hmotné předměty a ovladatelné přírodní síly, tak nebylo možné považovat software za věc. Nyní se však situace mění se zásadní změnou koncepce věci v OZ, kde je uvedeno, že věcí je vše co je rozdílné od osoby a slouží k potřebě lidí (§ 489 OZ). Software oba tyto znaky splňuje – neboli je to „něco“ co je rozdílné od osoby a zároveň slouží k potřebě lidí. Vzhledem k tomu že software nemá hmotnou podstatu, bude splňovat znaky věci nehmotné (§ 496 odst. 2 OZ). Důvodová zpráva³⁰ přidává ke znakům věci taktéž skutečnost, že věcí může být jen to, čeho se mohou týkat subjektivní majetková práva, což software dle mého názoru taktéž splňuje³¹. Tato problematika bude ještě zmíněna v kapitole týkající se licence.

Software je možné hmotně zachytit např. na DVD nosič, avšak tento nosič nelze ztotožňovat se samotným softwarem. Hodnota a využitelnost v tomto případě spočívá v uspořádaném celku tvořeném příkazy procesoru počítače a dalšími součástmi softwaru, nikoliv v plastové hmotě DVD nosiče, na kterém je software zapsán. Samotný DVD nosič tak bude věcí hmotnou – má povahu samostatného předmětu a zároveň je to ovladatelná část vnějšího světa (§ 496 odst. 1 OZ), avšak jeho hodnota bude vzhledem k hodnotě softwaru zanedbatelná.

Dle § 2587 OZ se dílem rozumí mimo jiného zhotovení určité věci, nespadá-li taková situace pod kupní smlouvu. Vzhledem k výše uvedenému rozšíření koncepce věci i na věci nehmotné, je tak třeba za zhotovení určité věci, dle citovaného paragrafu, považovat i zhotovení softwaru. To je poměrně zásadní změna oproti předchozí právní úpravě, která může v důsledku přinést nemalé výkladové potíže, které budou dále rozebrány.

²⁹ Obdobně k tomu JANSÁ, Lukáš, OTEVŘEL, Petr. Softwarové právo: praktický průvodce právní problematikou v IT. Vyd. 1. Brno: Computer Press, 2011, str. 106.

³⁰ Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., (Občanský zákoník)

³¹ K tomu jiný názor: VALEKOVÁ, Anna. Věc v právním smyslu ve vztahu k autorskému právu. In: Epravo.cz [online]. 2012 [cit. 2014-02-28]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/vec-v-pravnim-smyslu-ve-vztahu-k-autorskemu-pravu-82470.html>

Dosavadní obchodní zákoník upravoval výslovně skutečnost, že dílo může být i hmotné zachycení výsledku činnosti (viz § 556 ObchZ). V minulosti tak mohl při doslovném výkladu ustanovení vzniknout problém u díla, které bylo sice vytvořeno, ale nebylo „hmotně“ zachyceno – existovalo pouze elektronicky. Problematické tak bylo, zda vůbec takové „dílo“ naplňuje zákonné znaky díla. Stejný problém mohl vzniknout také při implementaci softwaru. Nová úprava jde v tomto směru dál v tom smyslu, že i samotný výsledek činnosti může být nehmotný (§ 2631 OZ) a přitom se jedná stále o dílo. Toto je zde uvedeno z toho důvodu, že v rámci procesu zhotovení softwaru se kromě samotného softwaru setkáváme s několika „jevy“, které je možné považovat za dílo, avšak spíše než o věc nehmotnou se jedná o činnost s jiným výsledkem (§ 2587 OZ).

Za nehmotnou věc nelze považovat implementaci ani např. školení, což jsou jedny z obvyklých ustanovení smlouvy o zhotovení softwaru. Jak samotná smluvní úprava implementace softwaru, tak školení, přitom budou mít charakter smlouvy o dílo (respektive dílčí smlouvy, pokud budou obsaženy přímo ve smlouvě o zhotovení softwaru) a „implementace“ a „školení“ budou mít povahu díla. Bude se však jednat dle mého názoru o činnost s jiným výsledkem a nikoliv o věc nehmotnou a to z toho důvodu, že implementace a školení nebudou splňovat výše uvedený znak způsobilosti být samostatně předmětem majetkových práv.

Z výše uvedených příkladů vezměme například implementaci. Implementaci, respektive implementovaný software, nelze oddělit od hardwarového a softwarového vybavení tak, aby se sama tato implementace stala předmětem majetkových práv. Výsledkem procesu implementace (řádné) je totiž „stav“, kdy je software uzpůsobený hardwaru, je správně nastavený a připravený k okamžitému použití. Tento samotný „stav“ však nemůžeme považovat za předmět majetkových práv - nelze s ním disponovat, aniž bychom disponovali se samotným softwarem, či hardwarem. Proto se v případě implementace (a stejně tak u výše uvedeného školení) nebude z hlediska smlouvy o dílo jednat o zhotovení určité věci (§ 2587 OZ), ale o činnost s jiným výsledkem.

Poněkud neočekávané problémy přivodilo nové pojetí věci v souvislosti s ustanoveními, která se týkají „díla s nehmotným výsledkem“ (§ 2631 až 2635 OZ). Tato ustanovení, která již byla zmíněna výše v této práci, byla s určitými změnami převzata z Obchodního zákoníku³². Podle této staré úpravy se pak tato vztahovala právě i na případ zhotovení softwaru, což však u nových ustanovení (§ 2631 až 2635 OZ) nemusí zdaleka platit.

Při použití systematického výkladu ustanovení § 2631 až 2635 OZ lze dojít k tomu, že vzhledem ke způsobu jejich vyčlenění do samostatného oddílu, by měla být tato ustanovení vykládána jako jeden celek. První z paragrafů (§ 2631 OZ) však stanoví, že dispozice (postup zhotovitele) se má uplatnit jen tehdy, pokud dílo spočívá „ (...) v jiném výsledku činnosti než je zhotovení věci nebo údržba (...)”³³. Pokud tedy připustíme, že software je věcí nehmotnou, nemůže se logicky ustanovení tohoto paragrafu vztahovat na zhotovení softwaru. V paragrafech 2633 a 2634 pak OZ používá v hypotéze pojem „výsledek činnosti“. S použitím výše zmíněného systematického výkladu v souvislosti s § 2631 OZ, bychom došli k závěru, že i v těchto dvou případech bude vyloučeno v rámci jejich hypotéz „zhotovení věci“.

Výše zmíněnému výkladu se však přičí § 2632 OZ, který do uvedeného výkladu vůbec nezapadá, jelikož jeho hypotéza je širší – umožňuje, aby nastala dispozice v případě, že předmětem díla je nehmotná věc (a tedy i software), jelikož explicitně vylučuje na rozdíl od § 2631 pouze hmotné věci nikoliv věci obecně.

Nejasnost do celé problematiky pak vnáší i ne příliš šťastná volba legislativních zkratk - stačí se podívat na dřívější úpravu v Obchodním zákoníku – konkrétně na paragrafy 556 až 558 ObchZ. V § 556 a 557 ObchZ byl v souvislosti s formulací hypotézy použit odkaz na § 556 ObchZ, což nechává mnohem menší prostor k diskuzi ohledně rozsahu právních vztahů, na které tato tři ustanovení dopadají, na rozdíl od §

³² Toto potvrzuje i důvodová zpráva k § 2631 až 2635 In: Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., (Občanský zákoník)

³³ § 2631 OZ

2631 až 2634 OZ. § 2633 a 2634 OZ totiž uvádějí v hypotéze pouze „výsledek činnosti“. Není to přitom „jiný výsledek činnosti“ nebo „jiný výsledek činnosti, než zhotovení věci“ či „jiný výsledek činnosti, než zhotovení věci nebo údržba, oprava či úprava věci“. Při použití těchto zkratk by propojenost hypotéz paragrafů 2633, 2634 a 2631 OZ byla mnohem více zřejmá. Takto si skutečně musíme vystačit pouze se systematickým výkladem uvedených norem.

Pokud však toto propojení hypotéz uvedených paragrafů odmítneme a budeme pracovat s variantou, že § 2633 a 2634 OZ stojí nezávisle na § 2631 OZ (a taktéž na § 2632 OZ) pak můžeme dospět ke dvěma závěrům. Buď budeme považovat „výsledek činnosti“ za obsahově odlišný od nehmotné věci a pak dojdeme k závěru, že i v tomto případě se nebudou tato ustanovení vztahovat na software, nebo připustíme druhou variantu. Tou je, že „výsledek činnosti“ je taktéž zhotovení věci. Tato použitá legislativní zkratka totiž není „jiný výsledek činnosti“ (§ 2631 OZ) ani „činnost s jiným výsledkem“ (§ 2587 OZ) a její obsah tak není vlastně vůbec v OZ definován. Použitím logiky a gramatického výkladu pak můžeme dojít k tomu, že výsledkem činnosti může být právě i zhotovení věci a „výsledek činnosti“ tudíž bude množinou, jejíž součástí bude podmnožina „zhotovení věci“. Nakonec tedy takovýto výklad umožní, aby se § 2633 a 2634 OZ vztahovaly na zhotovení softwaru.

Autor práce doplňuje, že tyto uvedené výklady jsou pouze vyjádřením názoru a soud se může ve výsledku přiklonit k výkladu úplně jinému. Výsledkem však dle mého názoru bude, že při restriktivním výkladu nebude možné použít žádný z § 2631 až 2634 OZ na zhotovení softwaru, přičemž při extenzivním výkladu bude možné použít přinejmenším § 2633 a 2634 OZ. Netroufám si odhadnout, který z výkladů je výkladem adekvátním, jelikož nesrovnalostí je příliš mnoho. Lze se však domnívat, že nová koncepce věci jednoduše při formulaci § 2631 až 2635 OZ nebyla brána v potaz.

Tyto nesrovnalosti by mohly mít v budoucnu poměrně zásadní dopad do praxe. Oba výše uvedené paragrafy (2633 i 2634 OZ) totiž pracují s předměty duševního vlastnictví, což se týká i softwaru (§ 2 odst. 2 AZ) a oba by se tak na jeho zhotovení mohly vztahovat. Oblast, kterou upravují je navíc dosti významná - § 2633 OZ se týká

možnosti poskytování předmětu duševního vlastnictví i jiným osobám a § 2634 OZ obsahuje domněnku licence (k licenci viz kapitola 3.2.)

Vyvratitelná domněnka licence³⁴ v § 2634 OZ je však dosti obecná a i tehdy pokud se bude na smlouvu vztahovat, může dojít k tomu, že nebude jasné, zda např. může objednatel software dále poskytovat, zda ho může použít u své dceřiné společnosti atd. K tomu aby toto ustanovení mělo nějaký výraznější dopad na práva a povinnosti stran ve smluvní praxi, je třeba, aby smlouva měla vhodně formulovaný účel. Ačkoliv ze zákona nevyplývá, že tento účel musí být výslovně uveden ve smlouvě, je vhodné³⁵, pokud tento bude ve smlouvě podrobně popsán. Jakékoliv dovozování účelu smlouvy pouze z jejího obsahu totiž neposkytuje téměř žádnou právní jistotu v daném vztahu.

§ 2631 OZ nebude moci být použit na zhotovení software při žádném z výše uvedených výkladů. Je zde však uvedeno dosti důležité pravidlo, že zhotovitel má postupovat s odbornou péčí tak, aby dosáhl výsledku činnosti určeného ve smlouvě. Pokud se tedy tento paragraf nepoužije, zůstává zákonná povinnost zhotovitele provést dílo s potřebnou péčí dle § 2590 OZ. Dle autorova názoru toto může být problém, pokud dojde ke sporu, zda byla péče zhotovitele dostatečná.

Z výkladu obou těchto pojmů (odborná a potřebná péče) vyplývá, že nejsou obsahově stejné. Dle mého názoru to nejsou ani synonyma. Odborná péče je péče na takové úrovni, kterou by v dané situaci poskytl profesionál – specialista v daném oboru. Na druhou stranu potřebná péče ani při použití extenzivního výkladu odbornost neevokuje. Onu „potřebnost“ lze zajisté vztáhnout k určité konkrétní situaci a stejně jako odborná péče bude potřebná péče vázána především na objektivní hledisko. Kritériem při posuzování úrovně péče však dle mého názoru nebude péče, jakou by poskytl odborník, ale obecně kterýkoliv člověk. Nelze totiž apriori předpokládat, že každé dílo zhotovované dle smlouvy o dílo v OZ bude provádět odborník na danou věc,

³⁴ PRCHAL, Petr. Zakázková autorská díla z pohledu práva závazkového a autorského. Praha: Linde, 2013, str. 69.

³⁵ JAKL, Ladislav. Nový občanský zákoník a duševní vlastnictví. 1. vyd. Praha: Metropolitan University Prague Press, 2012, str. 51.

což dle zvolené formulace v § 2590 OZ zřejmě koresponduje se záměrem zákonodárce. Pokud tedy bude chtít objednatel softwaru podřídít činnost zhotovitele přísnějším kritériím z hlediska vynaložené péče, bude nucen požadavek odborné péče výslovně uvést ve smlouvě a nespolehat na zákonné ustanovení.

Vzhledem k vysoké míře smluvní volnosti, tak lze v případě uzavírání smlouvy o zhotovení softwaru silně doporučit, aby smlouva, v zájmu právní jistoty stran zúčastněných na smlouvě, výslovně upravovala skutečnosti, které řeší § 2633 a 2634 OZ či další z paragrafů oddílu 4 - „Dílo s nehmotným výsledkem“.

Vlastnímu zhotovení softwaru jako díla také často předchází analytická činnost vykonávaná buď budoucím zhotovitelem softwaru, či jinou osobou. Cílem této analýzy je vytvořit ucelený popis procesů u objednatele a tyto procesy konfrontovat s jeho požadavky na software. Smluvní zakotvení tohoto vztahu se často označuje jako smlouva o analýze, či smlouva o analytické činnosti. Úprava těchto právních vztahů může být samostatnou smlouvou nebo může být přímo součástí smlouvy o zhotovení softwaru, jelikož povahově se bude i v tomto případě jednat o smlouvu o dílo.

Pokud bude zvolena varianta, že analytická činnost bude upravena jako součást smlouvy o zhotovení softwaru, je vhodné tuto část alespoň systematicky oddělit do té míry, že jí bude samostatně definován účel a cíl. To je důležité zejména z hlediska následného výkladu práv a povinností plynoucích z takové smlouvy, jelikož pokud by se při výkladu „smlouvy“ o analytické činnosti pracovalo pouze s účelem či cílem smlouvy o zhotovení softwaru obecně, nemusel by být účel ani cíl analytické části z tohoto odvoditelný.

Na konci pojednání o smlouvě o dílo, je třeba připomenout také to, že v souvislosti se zhotovením softwaru může zhotovitel předávat objednateli i věci hmotné povahy. Nejčastěji se bude jednat o nosiče, na nichž je uložený program a o uživatelské příručky. Dnes už však není vůbec výjimečné, že jsou software i veškerá dokumentace poskytovány pouze elektronicky. Pokud tyto hmotné věci nebyly

zhotovitelem vytvořeny pro objednatele jako dílo, bude se převod jejich vlastnictví řídit nikoliv smlouvou o dílo ale kupní smlouvou.

Kupní smlouva si pak zaslouží zvýšenou pozornost hlavně tehdy, pokud zhotovitel vytváří pro objednatele komplexní softwarové a hardwarové řešení, čili nepředává mu pouze zhotovený software, ale taktéž hardware, přičemž provádí ještě v místě objednatelova podnikání implementaci softwaru a zaškolení pracovníků. V takových případech je předmětem kupní smlouvy často dosti drahé hardwarové vybavení a vyplatí se přesná specifikace předmětu koupě (zejména z hlediska odpovědnost za vady).

3.2 Licenční smlouva

Ačkoliv, jak bylo uvedeno výše, je třeba po rekodifikaci považovat software (počítačový program) za nehmotnou věc, zůstává stále taktéž předmětem duševního vlastnictví. Počítačový program je v českém právu chráněn jako tzv. dílo literární (§ 2 odst. 2 AZ), přičemž na rozdíl od jiných literárních děl se u něj nevyžaduje jedinečnost, ale postačuje původnost.

K předmětu duševního vlastnictví se váží určitá práva a poskytnutí oprávnění k jejich výkonu poskytovatelem nabyvateli upravuje právě licenční smlouva. Dříve byla licenční smlouva pro potřeby autorský děl upravena přímo v autorském zákoně, avšak od 1. 1. 2014 byla příslušná část tohoto zákona zrušena a licenční smlouva se nyní nachází v OZ v § 2358 a následujících.

Nová úprava licence v OZ sjednocuje dřívější úpravu roztržštěnou do více zákonů a koncentruje úpravu závazků do jediného kodexu – do Občanského zákoníku. Pro potřeby předmětů duševního vlastnictví chráněných autorským zákonem, zavádí OZ zvláštní ustavení v § 2371 a následujících. V literatuře existuje názor, že užití předmětu ochrany lze upravit i jinou než licenční smlouvou na základě smluvní autonomie stran³⁶.

³⁶ JAKL, Ladislav. Nový občanský zákoník a duševní vlastnictví. 1. vyd. Praha: Metropolitan University Prague Press, 2012, str. 69.

Licence je právní pojem spadající pod relativní majetková práva, neboli jedná se o závazkový vztah konkrétních subjektů³⁷. Tento závazek se však týká absolutních majetkových práv, která působí „*erga omnes*“³⁸ (a to v případě autorských děl zejména u práva dílo užít). I vlastní plnění, které je předmětem licence, má majetkovou povahu.

Kromě majetkových práv rozlišujeme ještě práva osobnostní (§ 11 AZ), avšak oprávnění zasáhnout do takového práva se neuděluje licenci, nýbrž souhlasem k takovému zásahu. Souhlas je na rozdíl od licence jednostranným právním úkonem.

Ona výše zmíněná vázanost na absolutní práva však má i zápornou stránku - nedovoluje v některých případech uzavřít licenci k určitým hodnotám, ke kterým takové absolutní právo chybí, jako např. ke know how³⁹.

Osobě, již svědčí absolutního majetkové právo, vzniká poskytnutím licence povinnost strpět jednání, které je obsahem licence. Právo této osoby, jehož výkon by odporoval obsahu poskytnuté licence, je zachováno, avšak dochází k jeho sistaci.

Osoba, která licenci poskytuje, však musí mít oprávnění licenci poskytnout. Dostupná literatura dovozuje v případě nesplnění této podmínky neplatnost licenční smlouvy⁴⁰. S tímto závěrem se lze ztotožnit s odkazem na zásadu „*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*“⁴¹, která až na některé výjimky (§ 1109 OZ) platí i po rekodifikaci.

Podstatou licence, která ji odlišuje od jiných právních úkonů, totiž je, že její poskytovatel pouze uděluje oprávnění k výkonu práva: „ (licenci se rozumí) *konstitutivní projev vůle, kterým vlastník absolutního majetkového práva duševního vlastnictví uděluje oprávnění k výkonu právního panství nad předmětem tohoto*

³⁷ Tamtéž, str. 70.

³⁸ Vůči všem.

³⁹ JAKL, Ladislav. Nový občanský zákoník a duševní vlastnictví. 1. vyd. Praha: Metropolitan University Prague Press, 2012, str. 81.

⁴⁰ Tamtéž, str. 87.

⁴¹ Nikdo nemůže převést na jiného více práva, než kolik sám má.

*vlastnictví*⁴². Nejde tedy o převod majetkového práva, ale pouze o udělení oprávnění k jeho výkonu. Důsledkem této konstrukce je, že oprávnění k výkonu majetkového práva může zůstat i poskytovateli (jde-li o nevýhradní licenci – viz § 2361 OZ).

§ 2634 OZ obsahuje domněnku licence v rámci smlouvy o dílo, avšak v souvislosti s rekodifikací zde dochází k určitým výkladovým problémům, které byly podrobně popsány v předchozí kapitole.

Nanejvýš zajímavou otázkou související s rozšířením pojetí věci i na věci nehmotné, je otázka možného „vlastnění“ předmětů duševního vlastnictví⁴³. Dostupná literatura dovozuje⁴⁴, že předměty duševního vlastnictví nemohou být předmětem obecného vlastnického práva, jelikož by pak celá úprava licence ztrácela smysl – tyto předměty by se mohly volně převádět a navíc by každý předmět duševního vlastnictví požíval jednak ochranu v rámci práva duševního vlastnictví a jednak jako samostatný předmět obecného vlastnického práva. Důsledky, které by to přineslo do práva duševního vlastnictví lze co do rozsahu a praktických problémů těžko předvídat. Bude tedy rozhodně zajímavé sledovat, jak se k tomuto postaví vyšší soudy a jak danou situaci ošetří argumentačně.

3.3 Nepojmenované a smíšené smlouvy

Jak je vidět lze se při komplexní smluvní úpravě zhotovení softwaru jen stěží vyhnout použití více smluvních typů⁴⁵ – přinejmenším smlouvy o dílo a smlouvy licenční, případně ještě smlouvy kupní. Zbývá však ještě vyřešit otázku, co je tedy „smlouva o zhotovení softwaru“.

⁴² JAKL, Ladislav. Nový občanský zákoník a duševní vlastnictví. 1. vyd. Praha: Metropolitan University Prague Press, 2012, str. 71.

⁴³ VALEKOVÁ, Anna. Věc v právním smyslu ve vztahu k autorskému právu. In: Epravo.cz [online]. 2012 [cit. 2014-02-28]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/vec-v-pravnim-smyslu-ve-vztahu-k-autorskemu-pravu-82470.html>

⁴⁴ JAKL, Ladislav. Nový občanský zákoník a duševní vlastnictví. 1. vyd. Praha: Metropolitan University Prague Press, 2012, str. 83, 84.

⁴⁵ JANSÁ, Lukáš, OTEVŘEL, Petr. Softwarové právo: praktický průvodce právní problematikou v IT. Vyd. 1. Brno: Computer Press, 2011, str. 119.

OZ stejně jako dřívější soukromoprávní úprava dává stranám možnost uzavřít smlouvu nepojmenovanou neboli inominátní, která není upravena v zákoně jako určitý smluvní typ⁴⁶. Konkrétně je toto oprávnění upraveno v § 1746 odst. 2 OZ, kde se říká, že: „*Strany mohou uzavřít i takovou smlouvu, která není zvláště jako typ smlouvy upravena.*“

Kromě smlouvy nepojmenované se rozlišuje dále tzv. smlouva smíšená. OZ 1964 výslovně zmiňoval pojem „smíšené smlouvy“ a to konkrétně v § 491 OZ 1964. Nový Občanský zákoník již pojem smíšené smlouvy neupravuje, avšak není důvod proč tuto kategorii nezachovat jako součást právní teorie. „*Smíšená smlouva vzniká kombinací různých typů smluv*“⁴⁷. Odborná literatura ke staré úpravě připouštěla vznik smíšené smlouvy i kombinací smlouvy „typické“ (tzn. upravené jako smluvní typ v zákoně) a smlouvy nepojmenované⁴⁸. Při tomto výkladu tedy vzniká otázka, kdy se ještě bude jednat o smlouvu smíšenou a i kdy už pouze o smlouvu inominátní.

Domnívám se, že pokud připustíme výše uvedenou možnost, že jde o smíšenou smlouvu i tehdy je-li její částí jak smlouva typická tak inominátní, bude hranicí mezi smíšenou a inominátní smlouvou to, zda lze ve zkoumané smlouvě najít alespoň jednu ze smluv upravených v zákoně jako samostatný typ. Pokud se to nepodaří, půjde o smlouvu nepojmenovanou, pokud ano, půjde o smlouvu smíšenou.

Ačkoliv se v některých zdrojích uvádí, že smlouva o zhotovení softwaru bude smlouvou nepojmenovanou⁴⁹, domnívám se, že vzhledem k výše uvedenému by bylo vhodnější označovat ji spíše jako smlouvu smíšenou. Smlouva o zhotovení softwaru totiž bude vždy obsahovat smlouvu o dílo (k tomu blíže viz kapitola 3.1), která je upravená jako samostatný smluvní typ v OZ, a nemůže tak jít o „čistě“

⁴⁶ MADAR, Zdeněk. Slovník českého práva. 3. rozš. a podstatně přeprac. vyd. Praha: Linde, 2002.

⁴⁷ FIALA, Josef, KINDL, Milan et al. Občanský zákoník: komentář. II. Díl. 1. Vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2009, s. 871.

⁴⁸ Tamtéž

⁴⁹ JANSÁ, Lukáš. Nedostatky a rizika smluv o vytvoření a implementaci softwaru. IT SYSTEMS [online]. 2010, č. 10 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.systemonline.cz/erp/nedostatky-a-rizika-smluv-o-vytvoreni-a-implementaci-software.htm>

nepojmenovanou smlouvu. Výjimečně, u těch nejjednodušších smluv, se může jednat přímo o smlouvu typickou, kdy smlouvou upravené právní vztahy budou odpovídat pouze smlouvě o dílo.

Poměrně zásadní otázkou, která v případě nepojmenovaných a smíšených smluv vyvstává (a v rámci smlouvy o zhotovení softwaru, se ji vyhneme jen stěží), je otázka tzv. analogie legis – tedy zda bude možné na nepojmenovanou či smíšenou smlouvu analogicky použít ustanovení jednoho či více smluvních typů upravených v OZ. Tato otázka bude aktuální v případech, kdy dojde ke sporu ohledně práv a povinností stran ze smlouvy a smlouva bude v některém ustanovení nejasná či vůbec danou otázku nebude upravovat. Sám jsem se praxi setkal ve smlouvách o zhotovení softwaru s poměrně častým podceňováním úpravy odpovědnosti za vady a v případě, že se vady následně vyskytly, bylo třeba zodpovědět otázku, zda je možné použít zákonnou úpravu.

Stará úprava Obchodního zákoníku, pod jehož režim spadala většina smluv o zhotovení softwaru (jako relativní obchod), neřešila otázku analogie legis zcela jasně⁵⁰. Naproti tomu Občanský zákoník už upravuje tuto otázku výslovně pro všechny smlouvy v § 1746 odst. 1, kde analogii připouští.

3.4 Rámcové smlouvy

Ačkoliv rámcové smlouvy nelze považovat za samostatný smluvní typ jako je smlouva o dílo či smlouva kupní, jsou hojně se vyskytujícím jevem v soukromém právu a významné místo mají i při smluvní úpravě zhotovení softwaru. Proto je vhodné, aby byly v této práci alespoň zmíněny.

Rámcová smlouva na první pohled evokuje podobnost se smlouvou o smlouvě budoucí, avšak nevyplývá z ní kontraktační povinnost a tudíž se o smlouvu o smlouvě

⁵⁰ ŠILHÁN, Josef. Inominátní smlouvy a přípustnost analogie v obchodních závazkových vztazích. Právní rozhledy, Praha: C.H.Beck, 2007, roč. 2007, č. 13, s. 467.

budoucí nejedná⁵¹. Závazek uzavřít v budoucnosti smlouvu je totiž pojmovým znakem smlouvy o smlouvě budoucí dle § 1785 OZ.

Neznamená to však, že by rámcová smlouva s v budoucnu uzavřenými smlouvami nepočítala. Naopak, hlavní funkcí této smlouvy je stanovit určité mantinely a obecná pravidla pro tyto smlouvy uzavřené v budoucnu. Zásadní rozdíl oproti smlouvě o smlouvě budoucí tak dle mého názoru je, že rámcová smlouva v budoucnu uzavřené smlouvy předvídá, ale k jejich uzavření strany nezavazuje.

Výše citovaný komentář k § 708 ObchZ popisoval rámcovou smlouvu v souvislosti se smlouvami v bankovníctví. Z mé vlastní zkušenosti však mohu potvrdit, že rámcová podoba smluv je i u zhotovení softwaru poměrně žádaná. Uchylují se k ní klienti, kteří mají jednoho dodavatele IT služeb, který pro ně vykonává poměrně široké spektrum činností (můžeme je označit souhrnně např. názvem IT služby): zhotovení softwaru na míru, jeho implementace, zaškolení pracovníků, implementace softwaru třetích stran, správa sítě, cloudové služby atd. Důležité je, že aby měla rámcová forma smlouvy smysl, tak by tyto činnosti neměly být jednorázové, ale měly by se opakovat, což znamená, že např. dodavatel IT služeb bude zhotovovat pro objednatele software několikrát po sobě.

Pro takovýto obchodní vztah mezi dvěma partnery je vhodná úprava právě rámcovou smlouvou. Výhodou totiž je, že podstatná většina práv a povinností včetně odpovědnosti za vady, za škodu a smluvních sankcí, může být přímo upravena v rámcové smlouvě a jednotlivé „dílčí“ smlouvy předpokládané smlouvou rámcovou, mohou řešit již pouze specifické otázky dané věci.

Pokud vznikne potřeba upravit v jednotlivé dílčí smlouvě práva a povinnosti odlišně od smlouvy rámcové, je i toto možné, avšak je vhodné, aby s tímto rámcová smlouva přímo počítala. Aby nevznikaly spory o vzájemném vztahu rámcové a dílčí smlouvy, měla by rámcová smlouva tuto otázku řešit výslovně. Především by mělo být

⁵¹ PELIKÁNOVÁ, Irena. Komentář k zákonu č. 513/1991 Sb. Smlouva o běžném účtu. Úvod. § 708 a násl. ASPI [ASPI]. 2000-20014 [cit. 2014-11-03]. ASPI ID: LIT18046CZ.

ošetřeno to, že změna rámcové smlouvy je možná pouze výslovně označeným dodatkem a že „dílčí“ smlouva rámcovou smlouvu měnit nemůže. Pak by ovšem mělo být také řešeno, jak se bude postupovat, pokud se dílčí smlouva dostane s rámcovou smlouvou do konfliktu.

Důležitou otázkou, kterou by dle mého názoru měla řešit rámcová smlouva je otázka součinnosti a řešení sporů (blíže viz kapitola 4.8.1.) Na tato ustanovení se velice často ve smlouvách zapomíná a dovozování konkrétních povinností v rámci poskytování součinnosti pouze ze zákona, je při následném sporu velice obtížné či přímo nemožné. Takovéto ustanovení by mělo upravovat základní principy komunikace, včetně kontaktních osob a časů a zejména lhůt pro odpověď. Poměrně obvyklou součástí bývá výslovné zakotvení povinnosti řešit spor nejprve smírně (samozřejmě s patřičně detailní úpravou jednotlivých práv a povinností stran). Dnes se již také běžně zakotvuje do ustanovení, jako je toto, osoba mediátora, který se nejprve pokusí dovést strany ke smírnému řešení.

Rámcová smlouva dále může obsahovat vodítko k tomu, jakým způsobem se má určit účel dílčí smlouvy, pokud autor dané dílčí smlouvy toto opomene výslovně uvést. Účel je velice důležitý jak pro výklad jednotlivých ustanovení smluv, tak pro případnou odpovědnost za vady díla (účel bude blíže rozebrán v následující kapitole). Rámcová smlouva sice většinou nemůže přesně předvídat účel jednotlivých dílčích smluv uzavřených v budoucnu, ale může alespoň stanovit jednotlivé korektivy (např. že se bude vycházet z okolností stranám známých při uzavření dílčí smlouvy, anebo ze spravedlivého očekávání stran).

Menší společnosti si často nechají rámcovou smlouvu zpracovat od advokátní kanceláře a dílčí smlouvy řeší již vlastními silami. Toto řešení samozřejmě není ani zdaleka ideální. Pokud je dílčí smlouva celkově chybná, nepomůže v takovém případě většinou ani sebelepší rámcová smlouva. Dobře připravená rámcová smlouva však může odbourat celou řadu „běžných nedostatků“ se kterými se lze setkat v případech,

kdy si společnosti připravují smlouvy zcela vlastními silami – typicky se jedná o výše zmíněnou povinnost součinnosti nebo nedostatečnou úpravu odpovědnosti za vady.

4 Smlouva o zhotovení softwaru

Jak již bylo naznačeno dříve, bude podstatná část smlouvy o zhotovení softwaru odpovídat smlouvě o dílo, avšak nejedná se o jediný smluvní typ, který by měl být ve smlouvě o zhotovení softwaru obsažen. Tato kapitola se pokusí uvést jednotlivé relativně samostatné části smlouvy o zhotovení softwaru a popsat jejich obsah. V rámci jednotlivých podkapitol pak bude taktéž rozebráno, zda je možné danou obsahovou část vynechat a jaký bude důsledek jejího vynechání. Ve výsledku by pak tato kapitola měla nabídnout obsahový pohled na smlouvu o zhotovení softwaru v rámci toho, která ustanovení budou vždy součástí takové smlouvy – „*essentialia negotii*“, neboli taková ustanovení která právnímu jednání: „*zvláštního rázu dodávají a bez nichž by toto právním jednáním dotyčného druhu nebylo*“⁵²

Kromě dostatečného označení stran a vymezení pojmů (k tomu blíže viz kapitola 2), by měla smlouva o zhotovení softwaru obsahovat již na svém začátku vymezení účelu a cíle smlouvy. Tyto tři výše uvedené prvky (strany, pojmy, účel a cíl) mohou z hlediska systematiky tvořit např. samostatnou hlavu smlouvy, ale není to podmínkou. Účel a cíl by měly být uvedeny mezi prvními ustanoveními z toho důvodu, aby bylo jasné, že zbytek smlouvy se má vykládat v souladu s nimi.

V ustanoveních o účelu a cíli smlouvy by mělo být uvedeno proč a za jakých okolností se daná smlouva uzavírá. Uvedení těchto skutečností má za cíl především účinně podchytit situaci předvídanou v § 1765 OZ, kdy strana má za jistých okolností možnost domáhat se obnovení jednání o smlouvě (již uzavřené) dojde-li k podstatné změně okolností, pokud tato strana nemohla změnu rozumně předpokládat, což je novinka oproti dřívější úpravě.

Uvedení toho, za jakých okolností se smlouva uzavírá, je důležité také v případě, že smlouva bude spadat ještě pod režim Obchodního zákoníku. Ten v § 379 totiž

⁵² Ottův slovník naučný: illustrovaná encyklopaedie obecných vědomostí. 8. díl. Praha: J. Otto, 1894, str. 760.

předpokládal, že se bude v souvislosti s odpovědností za škodu hradit pouze škoda, kterou škůdce v době vzniku předvídal⁵³, nebo mohl předvídat. OZ již takovouto úpravu neobsahuje a § 2952 stanoví pouze, že se hradí skutečná škoda a ušlý zisk. Nicméně je možné z důvodů hodných zvláštního zřetele náhradu škody snížit (§ 2953 OZ).

Z ustanovení o účelu a cíli by mělo jasně vyplynout, čeho chtějí strany danou smlouvou dosáhnout. Tato ustanovení pak budou sloužit jako interpretační vodítko celé smlouvy, což se bude hodit zejména v případech, kdy vznikne spor ohledně významu některého z pojmů. Občanský zákoník v tomto případě stanoví vodítko pro výklad právního jednání v § 556 odst. 1, přičemž v tomto paragrafu se pracuje s pojmem „úmysl jednajícího“. Pokud strany úmysl vyjádří v obecné rovině právě v ustanovení o účelu a cíli smlouvy bude tak splněna i druhá podmínka § 556 OZ odst. 1, kterou je, že daný úmysl měl být druhé straně znám.

4.1 Vymezení softwaru jako díla ve smlouvě

Vymezení díla ve smlouvě je rozhodující pro určení toho co má být vlastně obsahem činnosti zhotovitele. Pečlivé vymezení díla je náležitostí smlouvy o zhotovení softwaru, bez které se žádná z takovýchto smluv neobejde. Čím pečlivější a detailnější takové vymezení bude, tím lépe pro právní jistotu obou stran zúčastněných na smlouvě.

Jak již bylo naznačeno výše, to, jak přesně a v jaké míře v souladu s představami objednatele, bude dílo vymezeno, může (a většině případů bude) mít rozhodující vliv na to, zda vznikne během trvání závazku spor o výsledné dílo a také na celkovou kvalitu díla. Je samozřejmě možné a v praxi poměrně časté, že i na základě smlouvy, kde bylo dílo vymezeno nedostatečně určitě, nepřesně či dokonce přímo v rozporu s představami objednatele, bude zhotoven software, se kterým bude objednatel spokojen a celá věc se obejde beze sporů. Tento výsledek je však závislý spíše na obchodních dovednostech týkajících se výběru zhotovitele a na umění vyjednávat, což není předmětem této práce. Naopak pro praxi je nanejvýš vhodné předpokládat dopředu vznik možných problémů a

⁵³ OTEVŘEL, Petr. Obchodní smlouvy v IT - 1. díl. In: Právo IT [online]. 2007 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/obchodni-smlouvy-v-it-1-dil>

snažit se jim předcházet dostatečně přesnou a srozumitelnou úpravou, o které nebudou pochybnosti ani u jedné ze stran.

Z hlediska vymezení zhotovovaného softwaru jako díla lze popsat dva způsoby: A) vymezení díla přímo ve smlouvě a B) vymezení díla v příloze smlouvy. Co se týče závaznosti těchto dvou metod, tak mezi nimi není rozdíl. V praxi však většinou volba jedné z těchto metod dopředu napovídá, jak byla smlouva sestavována. Z mé vlastní zkušenosti, jsou většinou smlouvy, u nichž je software jako dílo vymezen v příloze, sestavovány z větší či menší míry vlastními silami stran, čili bez dohledu osoby s právnickým vzděláním. Takové smlouvy se pak vyznačují tím, že dílo uvedené v příloze používá zcela jinou terminologii než je terminologie ve vlastní smlouvě nebo terminologii nepřesnou, což se může ukázat jako fatální pro předkladatele smlouvy (§ 557 OZ). Není to samozřejmě pravidlem, ale jinak obecně platí, že ten, kdo sestavoval vlastní smlouvu, by se měl podílet na specifikaci díla, přinejmenším jako pojistka proti zdvojování terminologie.

Pokud budou některé skutečnosti uvedeny v příloze, měla by je i tak revidovat osoba s právnickým vzděláním, i kdyby šlo převážně o technické záležitosti. Jak totiž bylo uvedeno na začátku této práce, nelze se v případě smluvní úpravy zhotovení softwaru vyhnout použití technických termínů a proto by i právník revidující smlouvu měl mít příslušnou znalost takových termínů⁵⁴. I méně náročné smlouvy by tak měly být v zájmu právní jistoty sestavovány za spolupráce právníka a IT specialisty dané společnosti. Pak bude minimalizována šance, že dojde k nesouladu mezi požadavky objednatele a zněním smlouvy.

Významný dopad na kvalitu vymezení softwaru jako díla ve smlouvě bude mít i to, jak přesnou představu má objednatel o softwaru. Zejména v případech, kdy se jedná o složitější softwarové řešení, by měl nejprve objednatel provést IT analýzu⁵⁵, která mu

⁵⁴ OTEVŘEL, Petr. Obchodní smlouvy v IT - 1. díl. In: Právo IT [online]. 2007 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/obchodni-smlouvy-v-it-1-dil>

⁵⁵ K analýze softwaru blíže viz.: JANSÁ, Lukáš, OTEVŘEL, Petr. Softwarové právo: praktický průvodce právní problematikou v IT. Vyd. 1. Brno: Computer Press, 2011, s. 153.

dá jednak obraz o tom, jaký software má v současnosti a jaké by měl formulovat požadavky na nový software. Vyhne se tak tomu, že si nechá zhotovit software plnící funkce, které již umí jeho stávající software, nebo že si nechá zhotovit takový software, který naopak neplní funkce, které původně chtěl.

Do vlastního vymezení obsahu dílu by měla být zahrnuta taktéž dokumentace a její rozsah (viz kapitola 2.2.) Pokud bude objednatel požadovat, aby zhotovitel softwaru, bude-li dílem zhotovení databáze, zároveň naplnil tuto databázi údaji, je třeba tuto skutečnost výslovně uvést (zejména povahu a rozsah dat). Domnívám se, že z právního hlediska je možné považovat takové naplnění databáze za samostatné dílo (viz kapitola 2.) Pokud by toto objednatel výslovně neuvedl domnívám se, že je jen minimální šance, dovození z jiných ustanovení (v úvahu přichází jen skutečně detailní ustavení v rámci cíle smlouvy).

Starší nicméně stále aktuální zahraniční literatura⁵⁶ uvádí, že při vymezení zhotovovaného softwaru je třeba především nezapomenout na detailní popis toho, co má software umět, na jakém zařízení má běžet (počítač, mobilní telefon), případně jaké operační systémy má podporovat. Důležité pak je dát také pozor na to, jak bude vymezena „rychlost“ softwaru na určitém hardwaru tj., jak rychle bude software schopen provádět určité operace, což může u některých programů být doslova klíčové.

Vedle popisu softwaru tak bude největší část vymezení softwaru jako díla tvořit popis jeho požadovaných vlastností. Zde nelze stanovit určitá obvyklá ustanovení, neboť software může nabývat opravdu mnoho podob s ještě větším množstvím funkcí.

4.2 Licenční a kvazilicenční ustanovení

Licenční respektive kvazilicenční ujednání je dalším důležitým pojmem, se kterým se bude třeba v rámci smlouvy o zhotovení softwaru vypořádat. Z čistě právního hlediska se nemusí otázkou licence smlouva vůbec zabývat, čili licenční respektive

⁵⁶ BAINBRIDGE, David I. Introduction to computer law. 4th ed. Harlow: Longman, 2000, str. 216.

kvazilicenční ujednání není nezbytnou součástí smlouvy o zhotovení softwaru. Je však nanejvýše vhodné, aby smlouva takového ustanovení obsahovala.

Jak již bylo uvedeno v kapitole 3.1, OZ obsahuje zvláštní ustavení pro díla s nehmotným výsledkem v § 2631 až 2635. Jak bylo také uvedeno v citované kapitole, není však použitelnost těchto ustanovení na smlouvu o zhotovení softwaru zdaleka jistou věcí, naopak, jejich použití by vyžadovalo velice extenzivní výklad. Proto také nelze spoléhat na domněnku licence uvedenou v § 2634 OZ, kde se říká, že se má za to, že zhotovitel poskytl objednateli výsledek činnosti, který je chráněn právem průmyslového nebo jiného duševního vlastnictví k účelu vyplývajícímu ze smlouvy. Obdobné ustanovení nalezneme v § 61 AZ. I zde je však rozsah licence vázán na účel smlouvy, což může v případě nedostatečného stanoveného takového účelu (blíže viz kapitola 4.1) tvořit výkladové problémy.

Pro doplnění je nutné zmínit, že určitou možnost užívat dílo má i oprávněný uživatel rozmnoženiny počítačového programu (§ 66), avšak problematické v tomto případě bude zejména to, pokud by chtěl objednatel např. zabránit tomu, aby zhotovitel dílo poskytoval dalším osobám, což může být jeho oprávněným zájmem. Je totiž třeba přihlídnout k tomu, že do zhotovení počítačového programu objednatel pravděpodobně investoval nemalou částku.

V kapitole 3.2 bylo naznačeno, že práva k předmětu duševního vlastnictví se nepřevádějí společně s převodem vlastnického práva k nosiči, na kterém je předmět duševního vlastnictví zachycen. Tuto skutečnost obdobně stanoví i AZ v § 9 odst. 3 v tom smyslu, že se automaticky nenabývá oprávnění k výkonu práva dílo užít. Pokud tedy budeme dále pracovat s koncepcí, že ani dle nové úpravy věci v OZ nemohou být předměty duševního vlastnictví předmětem obecného vlastnického práva (k tomu blíže viz kapitola 3.2), je třeba se vypořádat s tím, na základě čeho bude objednatel počítačového programu oprávněn vykonávat práva spojená s počítačovým programem jako s předmětem duševního vlastnictví.

V souvislosti s touto problematikou se hovoří o licenčním, respektive kvazilicenčním ustanovení. Pojem kvazilicenční ustanovení je používán některými

autory⁵⁷ tam, kde se co do důsledků jedná o obdobu licenčního ustanovení, avšak nejde o „poskytnutí oprávnění k výkonu práva duševního vlastnictví nabyvateli“, jak požaduje § 2358 OZ. Takovým případem kvazilicenčního ustanovení bude např. úprava výkonu majetkových práv k zaměstnaneckému dílu (§ 58 odst. 1 AZ). Společné licenčnímu i kvazilicenčnímu ustanovení bude, že se týkají majetkových práv k předmětu duševního vlastnictví. Dále bude v této kapitole užíván jako zastřešující pojem licenční ustanovení, čímž bude myšleno přiměřeně i ustanovení kvazilicenční.

Jak již bylo uvedeno výše, zákony obsahují určitou domněnku licence (§ 2634 OZ a § 61 odst. 1 AZ). Pokud odhlédneme od zmiňované nevýhodnosti, kterou je vázanost těchto ustanovení na účel smlouvy, budou uvedené domněnky ve většině případů dostačující v tom smyslu, že umožní objednateli užívat počítačový program (v tomto případě myšleno pouze ve smyslu „používat“), který pro něj zhotovitel na objednávku vytvořil. Problém však nastává v několika situacích – zhotovitelem je právnická osoba, do procesu zhotovení vstupují další osoby odlišné od zhotovitele, zhotovitel do objednaného softwaru zahrne taktéž software třetích stran či objednatel chce se zhotoveným softwarem dále nakládat – např. jej licencovat jiné osobě. Zásadním problémem zákonné licence dle § 61 AZ totiž je, že pracuje s pojmem autor.

Autorem počítačového programu jako autorského díla (§ 2 odst. 2 AZ) je dle autorského zákona fyzická osoba, která dílo vytvořila. Nemůže jím tedy být za žádných okolností IT společnost (právnická osoba). Pokud si tedy objednatel objednal zhotovení počítačového programu u právnické osoby a nikoliv u osoby fyzické, nebude mu zákonná licence v § 61 AZ nic platná. Podobný problém nastane, pokud zhotovitel – fyzická osoba zahrne do počítačového programu software třetí strany, nebo pokud pro tohoto zhotovitele vytvoří část počítačového programu na zakázku jiná fyzická osoba. V těchto případech totiž nelze považovat konečného zhotovitele za jediného autora dle § 61. Jak je tedy vidět, je nanejvýš vhodné věnovat ve smlouvě o zhotovení softwaru důkladnou pozornost licenčním ustanovením.

⁵⁷ TELEČ, Ivo. Autorský zákon: komentář. 1. vyd. Praha: Beck, 2007, str. 556.

Osoba, která je odlišná od autora, může získat oprávnění dílo užít pouze na základě licenční smlouvy nebo na základě zákona⁵⁸, přičemž některé zdroje k těmto možnostem ještě přidávají postoupení výkonu majetkových práv jako samostatnou možnost⁵⁹. Je tedy možné rozlišit v zásadě tři způsoby toho, jak umožnit užívání softwaru objednatelem: a) prosté zhotovení softwaru na objednávku, b) výslovné udělení licence a c) postoupení výkonu majetkových práv.

První možnost za a) – prosté zhotovení softwaru bez výslovné licence, byla rozebrána se svými úskalími již výše, a proto bude dále věnována pozornost dalším dvěma možnostem.

Pro pochopení podstaty licence je důležité si uvědomit, že majetková práva k autorskému dílu (k softwaru) jsou mezi živými nepřevoditelná⁶⁰ (§ 26 odst. 1 AZ). Licencí tak poskytovatel pouze poskytuje oprávnění k výkonu práva dílo užít (§ 12 AZ, § 2371 OZ) a nedochází k převodu vlastních majetkových práv. Absolutní majetková práva tak zůstanou autorovi zachována (§ 12 odst. 2 AZ) i v případě, že poskytne výše uvedené oprávnění k výkonu práva dílo užít jiné osobě. Kromě majetkových práv (dle dikce autorského zákona je to široce chápané právo dílo užít) náleží autorovi ještě práva osobnostní, která jsou taktéž nepřevoditelná (§ 11 AZ).

Jak již bylo naznačeno, je „užití“ díla ve smyslu autorského zákona vykládáno poměrně extenzivně – je jím myšleno i rozmnožování díla, jeho rozšiřování, vystavování atd. (§ 12 odst. 4 AZ). Výčet uvedený v citovaném paragrafu je nicméně pouze demonstrativní⁶¹ a zákon připouští užití díla i jiným způsobem (§ 12 odst. 5 AZ).

⁵⁸ PRCHAL, Petr. Zakázková autorská díla z pohledu práva závazkového a autorského. Praha: Linde, 2013, str. 66.

⁵⁹ JANSÁ, Lukáš, OTEVŘEL, Petr. Softwarové právo: praktický průvodce právní problematikou v IT. Vyd. 1. Brno: Computer Press, 2011, str. 107.

⁶⁰ TELEČ, Ivo. Autorský zákon: komentář. 1. vyd. Praha: Beck, 2007, str. 311.

⁶¹ PRCHAL, Petr. Zakázková autorská díla z pohledu práva závazkového a autorského. Praha: Linde, 2013, str. 66.

Při vlastní úpravě licenčního ujednání by se měly strany dohodnout především na tom, zda bude licence výhradní nebo nevýhradní (§ 2360 OZ). Z praxe mohu potvrdit, že při zhotovení softwaru „na zakázku“ objednatel často trvá na tom, aby se jednalo o výhradní licenci, neboť do vývoje počítačového programu investoval nemalé prostředky a nechce, aby konkurence získala daný program za zlomek ceny, kterou do vývoje investoval, případně chce software sám dále prodávat⁶².

Strany by dále měly věnovat pozornost ujednání o odměně (§ 2358 odst. 1, § 2366 OZ) a to vzhledem k tomu, že mezi stranami byla pravděpodobně sjednána úplata za zhotovení softwaru jako dílo. Výslovným ujednáním se strany vyhnou případnému dodatečnému vyměření „obvyklé odměny“ dle § 2366 odst. 1, písm. a) OZ. Ani takovým ujednáním však zcela nevyloučení do budoucna možnost autora domáhat se „dodatečné odměny“ dle § 2374 OZ, neboť autor se tohoto práva nemůže vzdát (§ 2374 odst. 1 OZ).

Jako poměrně problematickou vidím otázku výpovědi licence. § 1998 OZ stanoví, že závazek lze vypovědět tehdy, ujednají-li si to strany nebo stanoví-li tak zákon. Jelikož licence bude mít ve smlouvě o zhotovení softwaru většinou dobu trvání „na neurčito“ měl by se na licenční smlouvu vztahovat i § 1999 odst. 1 OZ, který uvádí, že takový závazek lze vypovědět. Na druhou stranu by však obsah licence vyhovoval taktéž ustanovení § 1999 odst. 2 OZ, kde se stanoví, že se § 1999 odst. 1 OZ nepoužije, což svědčí spíše pro nevypověditelnost závazku pouze na základě zákona. Výpověď je však upravena také v rámci licenční smlouvy v § 2370 OZ, i když toto ustanovení má charakter, podle toho jak je formulováno, spíše než obecného připuštění výpovědi, stanovení účinků výpovědi. Důvodová zpráva k přesnému významu tohoto ustanovení mlčí a konečného určení toho, zda je licence vypověditelná přímo ze zákona, se tak dočkáme až na základě judikatury. Pokud by bylo připuštěno, že lze licenci vypovědět přímo ze zákona bude další samostatnou otázkou posouzení toho, zda je takové

⁶² JANSÁ, Lukáš. Nedostatky a rizika smluv o vytvoření a implementaci softwaru. IT SYSTEMS [online]. 2010, č. 10 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.systemonline.cz/erp/nedostatky-a-rizika-smluv-o-vytvoreni-a-implementaci-software.htm>

ustanovení kogentní nebo dispozitivní (§ 1 odst. 2 OZ) – čili zda mohou strany takovou výpověď ve smlouvě předem vyloučit.

Problémovost možnosti výpovědi licence souvisí s tím, že objednatel softwaru má většinou zájem na tom, aby mohl sám (a často výlučně) vykonávat všechna práva spojená se zhotoveným softwarem, do kterého vložil nemalé finanční prostředky, přičemž jeho investice by mohla být ohrožena výpovědí licence ze strany autora.

Z dalších problematik, které souvisejí s licencí a stojí za pozornost, ale na které již v této práci nezbylo místo, lze jmenovat následující: omezení týkající se osobnostních práv k autorskému dílu (§ 11 AZ, § 2375 OZ); časový, územní a množství rozsah licence (§ 50 AZ, § 2376 OZ); podlicence a postoupení licence (§ 2363 a § 2364 OZ); povinnost utajovat podklady a sdělení (§ 2368 OZ); povinnost udržovat právo po dobu trvání licence (§ 2359 odst. 2 OZ).

V souvislosti s pojednáním o licenci je třeba zdůraznit, že by ve smlouvě o zhotovení softwaru měla rozhodně být doložka, ve které zhotovitel stvrzuje, že má ošetřena všechna práva k autorskému dílu tak, aby mohla být poskytnuta licence uvedená ve smlouvě (a pokud ne tak odpovídá za škodu, případně je povinen zaplatit smluvní pokutu). Toto je klíčové v případech, kdy zhotovitel není nebo nemůže být autorem (je např. právnickou osobou) počítačového programu dle autorského zákona – je totiž třeba mít na paměti zásadu „*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*“⁶³.

V rámci pojednání o licenci je nezbytné zabývat se také tzv. zaměstnaneckým dílem. Počítačové programy vytvořené autorem na objednávku budou mít vždy charakter zaměstnaneckých děl, jelikož § 58 AZ vytváří v odst. 7 fikci zaměstnaneckého díla. Režim zaměstnaneckého díla bude platit i pro díla kolektivní, která byla vytvořena na objednávku (§ 59 odst. 2 AZ). Ustanovení týkající se díla vytvořeného na objednávku (§ 61 AZ) se na počítačový program nepoužijí (§ 58 odst. 7

⁶³ Nikdo nemůže převést na jiného více práva, než kolik sám má.

AZ). Smyslem existence institutu zaměstnaneckých děl pak je především ochrana oprávněných zájmů zaměstnavatelů⁶⁴.

Zde je však důležité opět připomenout to co již bylo uvedeno výše – o zaměstnanecké dílo se nebude jednat, pokud do procesu zhotovení vstoupil „mezičlánek“, např. programátor, který není zaměstnancem společnosti, ale osobou samostatně výdělečně činnou⁶⁵ (k tomu blíže viz strana 37). V takovém případě bude třeba udělit klasickou licenci. Licenci bude třeba udělit i tehdy pokud bude počítačový program již hotový, neboť v daném případě by se nejednalo vůbec o dílo.

Z pohledu pracovního práva není důležité, zda je dílo vytvářené na základě pracovní smlouvy nebo dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr⁶⁶. Je však třeba věnovat pozornost vymezení pracovní pozice⁶⁷. § 58 odst. 9 AZ pak reaguje na agenturní zaměstnávání a § 58 odst. 10 AZ na další vztahy ve struktuře obchodní korporace. O požadovaný vztah mezi zaměstnavatelem a autorem, dle § 58 odst. 1 AZ, se však jednat nebude, půjde-li o vztah „obchodní“, například pokud bude autor osobou samostatně výdělečně činnou.

Zásadním rozdílem mezi zaměstnaneckým dílem a licencí je, že v případě licence jde o poskytnutí oprávnění k výkonu práva dílo užít (viz výše), přičemž absolutní majetková práva zůstanou autorovi zachována⁶⁸ (podobně by to platilo i podle ustanovení o dílu vytvořeném na objednávku dle § 61 AZ – i zde se poskytuje „pouze“

⁶⁴ MAISNER, Martin, ŠIMKA, Marek, KARÁSKOVÁ, Hana. Software jako zaměstnanecké dílo. In: Epravo.cz [online]. 2009 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/software-jako-zamestnanecke-dilo-56254.html>

⁶⁵ Blíže k možnostem outsourcingu v IT: TURZA, Ondřej. Outsourcing a spolupráce s třetími stranami. IT Systems [online]. 2008, speciální číslo [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.systemonline.cz/outsourcing-ict/Outsourcing-spoluprace-treti-strana.htm>

⁶⁶ PRCHAL, Petr. Zakázková autorská díla z pohledu práva závazkového a autorského. Praha: Linde, 2013, str. 63.

⁶⁷ KOVAL, Martin, NIELSEN, Tomáš. Praktické rady v oblasti autorskoprávní ochrany softwaru. IT SYSTEMS [online]. 2010, č. 4 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.systemonline.cz/sprava-it/prakticke-rady-v-oblasti-autorskopravni-ochrany-softwaru.htm>

⁶⁸ PRCHAL, Petr. Zakázková autorská díla z pohledu práva závazkového a autorského. Praha: Linde, 2013, str. 65.

licence). U zaměstnaneckého díla se však „licence“ neposkytuje, ale zaměstnavatel přímo vykonává svým jménem a na svůj účet majetková práva k dílu (§ 58 odst. 1 AZ) – jde o kvazilicenční (viz výše) omezení majetkových autorských práv⁶⁹.

Je důležité vyzdvihnout, že ani v tomto případě zákon neříká, že by se majetková práva na zaměstnavatele převáděla, ale dochází k přechodu oprávnění k jejich výkonu. Autorovi tak zůstává pouze holé vlastnictví neboli nuda proprietas⁷⁰. Zaměstnavateli se tak dle § 58 odst. 1 AZ dostává i aktivní legitimace k ochraně autorského práva⁷¹.

Výkon veškerých majetkových práv je co do rozsahu oprávnění rozhodně širší než zákonná licence (§ 61 AZ, § 2634 OZ), kterou by nabyvatel získal pouze oprávnění dílo užít k účelu vyplývajícimu ze smlouvy⁷². Je samozřejmě možné, že dostatečně široce pojatá výslovně udělená licence se v praxi „výkonu veškerých majetkových práv“ přiblíží, ale i tak by byl nabyvatel licence v horším postavení např. kvůli možnosti licenci vypovědět. Někteří autoři zastávají názor, že pokud by „zaměstnavatel“ a „autor“ dle § 58 AZ uzavřeli licenční smlouvu, byla by taková licenční smlouva neplatná pro rozpor se zákonem⁷³, což obdobně platí pro kolektivní dílo.

Uvedené právo k výkonu majetkových práv může zaměstnavatel převést na další osobu (§ 58 odst. 1 AZ), ale až na výjimky pouze se souhlasem autora. Tím se tedy dostáváme ke třetímu způsobu umožnění užívání softwaru osobou odlišnou od autora (viz strana 38) – k postoupení výkonu majetkových práv.

⁶⁹ TELEČ, Ivo. Autorský zákon: komentář. 1. vyd. Praha: Beck, 2007, str. 556.

⁷⁰ JANSÁ, Lukáš, OTEVŘEL, Petr. Softwarové právo: praktický průvodce právní problematikou v IT. Vyd. 1. Brno: Computer Press, 2011, str. 99; a taktéž: PRCHAL, Petr. Zakázková autorská díla z pohledu práva závazkového a autorského. Praha: Linde, 2013, str. 66.

⁷¹ PRCHAL, Petr. Zakázková autorská díla z pohledu práva závazkového a autorského. Praha: Linde, 2013, str. 74.

⁷² PRCHAL, Petr. Zakázková autorská díla z pohledu práva závazkového a autorského. Praha: Linde, 2013, str. 78; cituje: DOBŘICHOVSKÝ, T., Právní režim předmětů duševního vlastnictví vytvořených v rámci pracovněprávních vztahů. Právo a zaměstnání. 2005, č. 11, s. 2 – 8.

⁷³ JANSÁ, Lukáš, OTEVŘEL, Petr. Softwarové právo: praktický průvodce právní problematikou v IT. Vyd. 1. Brno: Computer Press, 2011, str. 99.

Výše uvedený souhlas k postoupení výkonu majetkových práv může být už v samotné smlouvě o zhotovení softwaru, přičemž je vhodné, pro zamezení budoucích sporů, vymínit i další možné postoupení do budoucna a nikoliv jen postoupení mezi objednatelem a třetí osobou. Vzhledem k možnému problému s „mezičlánky“ při zhotovení softwaru (viz výše v této kapitole), je také nanejvýš vhodné zajistit udělení souhlasu klauzulí, kde druhá strana výslovně prohlásí, že je oprávněna takový souhlas dát a pokud se toto tvrzení ukáže jako nepravdivé, zaplatí smluvní pokutu anebo náhradu škody.

Co se týče osobnostních práv autora k zaměstnaneckému dílu, tak ta zůstávají nedotčena (§ 58 odst. 4 AZ). Zákon nicméně v § 58 odst. 4 AZ upravuje určité domněnky, které se osobnostních práv týkají – svolení ke zveřejnění, k úpravám, k překladu atd.

Zaměstnanecké dílo upravené v autorském zákoně je úpravou dispozitivní⁷⁴. V souvislosti s tím by strany měly věnovat pozornost některým ustanovením uvedeným v paragrafu 58 AZ - zejména možnosti autora požadovat udělení licence (§ 58 odst. 3 AZ) nebo svolení k dokončení díla (§ 58 odst. 5 AZ). Zejména u druhého případu by měla dispozitivní úprava směřovat ke zmírnění podmínek kladených na možnost dokončení nehotového zaměstnaneckého díla. Právo autora na přiměřenou dodatečnou odměnu (§ 58 odst. 6 AZ) se pro zhotovení počítačového programu nebo databáze nepoužije (§ 58 odst. 6 AZ, věta za středníkem).

4.3 Etapy zhotovení softwaru

Úprava jednotlivých etap zhotovení díla nemusí být výslovně upravena ve smlouvě o zhotovení softwaru. Na první pohled by se nabízelo zdání, že zhotovení softwaru má pouze tři fáze – zadání, vývoj softwaru a jeho předání. To bude platit u jednoduchých projektů, které si vystačí se zákonnou úpravou provádění díla v ustanoveních smlouvy o dílo v OZ. U složitějších projektů však přibudou i další fáze

⁷⁴ PRCHAL, Petr. Zakázková autorská díla z pohledu práva závazkového a autorského. Praha: Linde, 2013, str. 77.

jako vyjednávání o smlouvě, změnové řízení, pilotní provoz atd. Po rozboru v praxi se vyskytujících smluv nabízím také následující rozdělení fází: 1) analýza, 2) návrh řešení 3) vlastní vývoj 4) implementace 5) předání a pilotní provoz. Následující kapitola se pokusí přiblížit vybrané prvky procesu zhotovení softwaru.

4.3.1 Vyjednávání o smlouvě

Pojem uvedený v nadpisu této kapitoly patří do tzv. project managementu⁷⁵. Pod tento pojem (project management) lze podřadit dvě relativně samostatné fáze – fáze iniciační a realizační⁷⁶, z nichž ve smlouvě o zhotovení softwaru by měla být věnována pozornost především druhé jmenované.

Iniciační fázi, do které patří právě vyjednávání o smlouvě, však také nelze zcela ignorovat. Fáze vyjednávání je nyní aktuální především proto, že v nové úpravě je již výslovně upravena předsmluvní odpovědnost (§ 1729 OZ), která byla dříve dovozována pouze judikaturou. Pokud tak některá ze stran přes důvodné očekávání druhé smluvní strany v uzavření smlouvy jednání bez spravedlivého důvodu ukončí (§ 1729 odst. 1 OZ), nahradí druhé straně škodu (s určitou limitací) tím způsobem dle § 1729 odst. 2 OZ. Pokud strany předpokládají dlouhé vyjednávání o podmínkách smlouvy o zhotovení softwaru před jejím samotným uzavřením, nemusí být od věci zvážit samostatnou smlouvu, která upraví pravidla takového jednání – kontaktní osoby, předávání informací a součinnost, podmínky ukončení vyjednávání atd.

Do iniciační fáze lze také zařadit tzv. analýzu proveditelnosti - feasibility study⁷⁷ (taktéž smlouva o analytické činnosti). Analýza proveditelnosti má z právního hlediska povahu samostatné smlouvy o dílo. Jejím výstupem je nejenom upřesnění požadavků objednatele softwaru, ale často jím bývá i zjištění jeho dosavadního softwarového vybavení. Prvně zmíněný výstup – upřesnění požadavků na software, slouží k tomu, aby

⁷⁵ OTEVŘEL, Petr. Obchodní smlouvy v IT - 1. díl. In: Právo IT [online]. 2007 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/obchodni-smlouvy-v-it-1-dil>

⁷⁶ Tamtéž

⁷⁷ BAINBRIDGE, David I. Introduction to computer law. 4th ed. Harlow: Longman, 2000, str. 213.

mohl být software jako dílo následně co nejpřesněji specifikován ve smlouvě o zhotovení softwaru (viz kapitola 4.1.) Druhý výstup – analýza dosavadního softwarového vybavení objednatele, slouží k tomu, aby nebyl vyvíjen software, který už objednatel má (respektive software, jež plní či může plnit obdobné funkce jako jiný software objednatele⁷⁸).

Vlastní provedení či neprovedení analýzy před samotným zhotovením softwaru bude závislé jednak na komplexnosti softwaru a jednak na tom, jak má objednatel utříděny požadavky – „co vlastně chce“⁷⁹. Praktickou výhodou výstupu analýzy je také snadnější následné určení ceny za zhotovení softwaru (nicméně sama analýza může cenu celého projektu také podstatně prodražit⁸⁰). Je zde samozřejmě i možnost, že objednatel zadá zhotoviteli tvorbu komplexního řešení – ten mu pak navrhne software i s doporučenými vlastnostmi, které zjistí na základě analýzy provedené u objednatele. Jinak ale není nutné, aby vlastní analýzu a zhotovení softwaru prováděl ten samý subjekt.

Zhotovení softwaru stejně jako analytickou činnost lze zadat jednak klasicky - v rámci uzavřeného vyjednávání mezi smluvními stranami a dále se v praxi užívá vyhlášení veřejné soutěže (§ 1772 OZ). Téma veřejné soutěže o nejvhodnější nabídku je velice rozsáhlé a mohlo by být tématem na samostatnou práci. Stručně lze ale uvést, že pokud se objednatel přikloní k této variantě, rozhodně by měl mít zpracovaný projekt a alespoň základní představu o tom co od softwaru požaduje (pokud bude provedení analýzy součástí soutěže).

Na závěr této podkapitoly je třeba připomenout, že z hlediska autorského práva Směrnice 2009/24/ES považuje za součást obsahu pojmu „počítačový program“, též

⁷⁸ JANSÁ, Lukáš, OTEVŘEL, Petr. Softwarové právo: praktický průvodce právní problematikou v IT. Vyd. 1. Brno: Computer Press, str. 154.

⁷⁹ BOUCHNER, Roman. Rizika při vývoji podnikového softwaru. IT SYSTEMS [online]. 2010, č. 11 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.systemonline.cz/erp/rizika-pri-vyvoji-podnikoveho-softwaru.htm>

⁸⁰ BAINBRIDGE, David I. Introduction to computer law. 4th ed. Harlow: Longman, 2000, str. 213.

přípravné a koncepční práce vedoucí k vytvoření počítačového programu. To však platí pouze za předpokladu, že povedenou k vytvoření počítačového programu⁸¹.

4.3.2 Změnové řízení, kontrola prací na díle

Změnové řízení⁸² bývá někdy ztotožňováno s pojmem project managementem⁸³. V této práci však bude tento pojem použit pro specifickou část smlouvy o zhotovení softwaru, která umožňuje včasné reagovat na měnící se situaci při zhotovení softwaru.

Zásadním problémem běžných smluv o zhotovení softwaru, je jejich poměrně obtížná změnitelnost – nelze je měnit operativně. Z praxe mohu potvrdit, že většinou jsou tyto smlouvy uzavírány mezi společnostmi, za které je podepisují členové jejich statutárního orgánu, což je často nepraktické. Čím více je samotné softwarové řešení komplexnější, tím je větší pravděpodobnost, že bude potřeba průběžně upravovat jednotlivé části smlouvy a to zejména ty týkající se vlastností softwaru.

Toto je možné řešit tím, že se na každé straně ustanoví osoby, u kterých bude výslovně ve smlouvě zakotveno, že společně mohou měnit některé části smlouvy. Pokud se má přitom změna týkat i ustanovení o ceně, je vhodné zahrnout do změnového řízení také způsob změny a další limitace (například jakým způsobem lze navyšovat cenu, o kolik procent atd.) Ke smlouvě pak je vhodné přímo přiložit plné moci zmocněných osob⁸⁴.

Při procesu zhotovování softwaru je dále vhodné výslovně upravit možnost kontroly vývoje softwaru. OZ za tímto účelem sice obsahuje § 2593, avšak dle mého

⁸¹ JANSÁ, Lukáš, OTEVŘEL, Petr. Softwarové právo: praktický průvodce právní problematikou v IT. Vyd. 1. Brno: Computer Press, str. 34.

⁸² Blíže k manažerským aspektům změnového řízení např.: VÁŇA, Vladimír. Požadavky na kvalitu IT služeb z pohledu zákazníka. IT Systems [online]. 2006, Outsourcing IT [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.systemonline.cz/outsourcing-ict/pozadavky-na-kvalitu-it-sluzeb-z-pohledu-zakaznika.htm>

⁸³ JANSÁ, Lukáš. Nedostatky a rizika smluv o vytvoření a implementaci softwaru. IT SYSTEMS [online]. 2010, č. 10 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.systemonline.cz/erp/nedostatky-a-rizika-smluv-o-vytvoreni-a-implementaci-softwaru.htm>

⁸⁴ OTEVŘEL, Petr. Obchodní smlouvy v IT - 1. díl. In: Právo IT [online]. 2007 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/obchodni-smlouvy-v-it-1-dil>

názoru je paragraf pro praxi příliš obecný, co se týče stanovení konkrétních práv a povinností stran. Pro možnost účinné kontroly je totiž třeba stanovit především frekvenci kontrol a to, v jaké fázi se má projekt při kontrole nacházet (tzv. milestones). Pak se bude porovnávat, zda software při kontrole skutečně splňuje kritéria, která v dané fázi splňovat má a pokud ne, tak se z toho vyvodí další důsledky (smluvní pokuta, odstoupení od smlouvy atd.)

4.4 Cenové ujednání

Povinnost objednatele zaplatit cenu, je jednou z pojmových znaků smlouvy o dílo (§ 2586 odst. 1 OZ). Zákon přitom požaduje, aby ke splnění požadavku dostatečné určitosti ujednání ceny, byl dohodnut přinejmenším způsob určení ceny, cena byla určena odhadem nebo alespoň byla projevena vůle stran uzavřít smlouvu bez určení ceny díla (§ 2586 odst. 2 OZ).

Strany se mohou i v případě cenového ujednání spolehnout na zákonná ustanovení v rámci smlouvy o dílo (§ 2610 až 2614 OZ, § 2620 až 2622 OZ), avšak v praxi jsem se s tímto zatím nesetkal a cenové ujednání naopak patří k částem smlouvy o zhotovení softwaru, jimž věnují strany velkou pozornost. V odborné literatuře⁸⁵ se uvádí, že strany nejčastěji preferují předem určenou pevnou cenu, což lze pochopit, jelikož toto řešení jim poskytuje prvek jistoty.

Strany by si měly v cenovém ujednání dohodnout, kdy vznikne zhotoviteli právo na zaplacení ceny díla. Pokud se strany neodchýlí od zákona, vznikne pak zhotoviteli toto právo provedením díla (§ 2610 odst. 1 OZ, blíže k tomu viz kapitola 4.5). V praxi se vyskytuje i způsob financování, kdy objednatel zaplatí zhotoviteli část dohodnuté ceny předem a to především tehdy, je-li zhotovitel osobou samostatně výdělečně činnou. Je-li dílo předáváno po částech (blíže viz kapitola 4.5), je nutné stanovit cenu každé takové části, přičemž vznik práva na zaplacení ceny se bude následně řídit § 2610 odst. 2 OZ.

⁸⁵ JANSÁ, Lukáš, OTEVŘEL, Petr. Softwarové právo: praktický průvodce právní problematikou v IT. Vyd. 1. Brno: Computer Press, str. 198.

Jak již bylo uvedeno výše, vyskytuje se také stanovení ceny dle rozpočtu (§ 2620 OZ a násl.), avšak jedná se o poměrně vzácné případy. V rámci oddílu, kde je upraveno určení ceny podle rozpočtu, je ale třeba upozornit na § 2620 odst. 2 OZ, který upravuje možnost zvýšit prostřednictvím soudu, za stanovených podmínek, cenu za dílo, a to proto, že toto ustanovení se bude vztahovat i na ujednání ceny pevnou částkou. V tomto případě jde totiž o výjimku z pravidla⁸⁶, že zhotovitel nemůže žádat změnu ceny za dílo proto, že si dílo vyžádalo jiné úsilí nebo jiné náklady, než bylo předpokládáno, je-li cena ujednána pevnou částkou (a za určitých podmínek též odkazem na rozpočet). Vzhledem k formulaci požadavku existence „ (...) zcela mimořádné nepředvídatelné okolnosti“⁸⁷ by však soud měl přistupovat ke zvýšení ceny opravdu pouze výjimečně. Takovéto nebezpečí zvýšení ceny navíc mohou strany smluvně vyloučit například tím, že zhotovitel převezme nebezpečí změny okolností na sebe (§ 2620 odst. 2 OZ, poslední věta).

4.5 Předání a převzetí softwaru

OZ podmiňuje provedení díla jeho dokončením a předáním (§ 2604 OZ), tudíž se strany při zhotovení softwaru této fázi⁸⁸ nemohou vyhnout. OZ upravuje předání díla jednak obecně v § 2605 OZ a násl. a dále speciálně pro dílo s nehmotným výsledkem v § 2632 OZ. Předání a převzetí softwaru nemusí být vzhledem k těmto zákonným ustanovením ve smlouvě výslovně upraveno, avšak vzhledem k problematické aplikaci § 2632 OZ na zhotovení softwaru⁸⁹ tak nelze než doporučit, aby strany k výslovné úpravě přikročily a komplexně dohodly tzv. akceptační proceduru⁹⁰. Specificky je třeba

⁸⁶ § 2620 odst. 1 OZ

⁸⁷ § 2620 odst. 2 OZ

⁸⁸ Blíže k jednotlivým fázím viz kapitola 4.3.

⁸⁹ Blíže k problematice použitelnosti § 2631 OZ a násl. viz kapitola 3.1.

⁹⁰ MAISNER, Martin, KŘÍŽKA, Michal, FLAŠKÁR, Martin. Úskalí předání a převzetí díla v informačních technologiích (IT), aneb "akceptační procedura". In: Epravo.cz [online]. 2009 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/uskali-predani-a-prevzeti-dila-v-informacnich-technologiich-it-aneb-akceptacni-procedura-58150.html>

upravit situaci, kdy dochází v rámci smlouvy o zhotovení softwaru taktéž k „předání“ služeb⁹¹.

Předání softwaru může mít v praxi několik nejčastěji se vyskytujících podob: 1) předává se software jako celek, 2) software je předáván po částech (§ 2606 OZ), nebo 3) software je nejprve podroben „pilotnímu provozu“.

První a nejjednodušší varianta předpokládá, že jakmile je software hotový, předá zhotovitel software objednateli. U nejjednodušších smluv právě v okamžiku předání vzniká nárok na zaplacení dohodnuté ceny za zhotovení softwaru, jelikož zákon vznik práva na zaplacení váže právě na provedení díla (§ 2610 OZ v kombinaci s § 2604 OZ). Je-li dílo dokončeno (§ 2605, 2632 OZ) a předáno, říká OZ, že jej objednatel převezme a to buď s výhradami, nebo bez výhrad. Objednatel je povinen dílo převzít (§ 2586 odst. 1 OZ) avšak poněkud problematická může být tato povinnost v případě, kdy má dílo vady a není konkrétně upravena akceptační procedura. Domnívám se, že vzhledem ke znění § 2605 odst. 1 OZ, by nebyl objednatel povinen převzít dílo pouze v případě, pokud by mělo takové vady, které by ho činily nezpůsobilým sloužit svému účelu – pak by totiž zhotovitel nemohl způsobilost díla sloužit svému účelu vůbec předvést, což zase znemožňuje považovat dílo za dokončené (§ 2605 odst. 1 OZ). Pokud by měl software vady, které však neznemožňují, aby sloužil svému účelu, musí dle mého názoru objednatel software převzít, přičemž mu vznikají práva z vadného plnění (§ 2615 OZ).

Vady softwaru (tato problematika bude podrobněji rozebrána v kapitole 4.6) patří k nejvíce problematickým částem prakticky každé smlouvy o zhotovení softwaru a z praktické zkušenosti skutečně nedoporučuji spoléhat se pouze na ustanovení v OZ, jelikož tento pracuje s dosti obecnými pojmy („způsobilost sloužit svému účelu“ - § 2605 odst. 1 OZ). Ve smlouvě by mělo být výslovně dohodnuto, že zhotovitel je povinen předat software zcela bez vad, jinak není objednatel povinen software převzít. V Praxi je takový stav, zejména u komplexní softwarových řešení, těžko dosažitelný,

⁹¹ K tomu blíže: NIELSEN, Tomáš. Právní aspekty smluv na implementaci IS. IT SYSTEMS [online]. 2010, č. 5 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.systemonline.cz/erp/pravni-aspekty-smluv-na-implementaci-is.htm>

avšak funguje jako dobrý motivátor pro zhotovitele, aby byl software co nejvíce bezchybný.

Při převzetí díla je důležité věnovat pozornost možnosti vznést výhrady. Pokud by totiž objednatel převzal dílo bez výhrad a dílo (software) mělo zjevné vady, nepřízná mu soud práva z těchto zjevných vad, namítne-li zhotovitel, že právo nebylo uplatněno včas (§ 2605 odst. 2 OZ). Problematické však je, co bude možné u softwaru považovat za zjevnou vadu a co nikoliv. Výhrady se zaznamenají do předávacího protokolu. Ačkoliv zákon výslovně nepožaduje sepsání předávacího protokolu, je nanejvýš vhodné ho sepsat i u nejjednodušších smluv, jelikož tento protokol prokazuje jednak, že dílo bylo předáno (a převzato) a zejména to v jakém stavu bylo předáno, což z předávacího protokolu činí těžko nahraditelný důkazní prostředek v případě sporu.

Další možností předání softwaru je jeho předávání po částech. K tomuto OZ pouze velmi stručně uvádí, že zde tato možnost je (§ 2606 OZ). Proto, pokud strany budou chtít předávat softwaru po částech, budou muset sáhnout k výslovné smluvní úpravě podrobností. Taková úprava především bude muset řešit, v jakém stavu má být každá jednotlivá „část“ softwaru při dílčím předání (v podstatě co má umět). Pozornost je třeba věnovat i bližší úpravě odpovědnosti za vady, aby předání pouze části softwaru nebylo považováno za vadu. Nezbytností také bude, aby si strany dojednaly, kdy vznikne zhotoviteli právo na zaplacení ceny díla⁹² – zda to bude předem, až předáním poslední části, nebo zda vznikne právo na zaplacení části ceny po předání části softwaru.

Poslední výše zmíněnou možností, která je dosti často využívána u komplexních softwarových řešení, je předání softwaru s tím, že tento bude považován za předaný a dílo za zcela provedené, až po úspěšném pilotním neboli testovacím provozu softwaru. Testovací provoz, v angličtině zkracovaný na UAT (user acceptance testing⁹³) je fází,

⁹² OTEVŘEL, Petr. Obchodní smlouvy v IT - 1. díl. In: Právo IT [online]. 2007 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/obchodni-smlouvy-v-it-1-dil>

⁹³ JANSÁ, Lukáš. Nedostatky a rizika smluv o vytvoření a implementaci softwaru. IT SYSTEMS [online]. 2010, č. 10 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.systemonline.cz/erp/nedostatky-a-rizika-smluv-o-vytvoreni-a-implementaci-software.htm>

kdy se po určitý čas ověřuje funkčnost zhotoveného softwaru u objednatele. Úpravu testovacího provozu lze řešit jednak tím způsobem, že software je de iure předán a případné nedostatky se řeší v rámci odpovědnosti za vady, nebo tak, že software je předán pouze fakticky avšak de iure bude předán až okamžikem zdárného ukončení testovacího provozu. V praxi se uplatňuje spíše druhá varianta, většinou s tím, že jelikož dílo není formálně provedeno, nenáleží objednateli cena (případně část ceny) za zhotovený software, dokud nebude testování zdárně ukončeno.

Testovací provoz částečně upravuje OZ (ačkoliv neužívá přímo tento pojem) v § 2607. Dle tohoto zákonného ustanovení se váže dokončení díla na provedení zkoušek. Ve smlouvě bude samozřejmě nutné podrobně upravit obsah takových zkoušek, a jaký má být požadovaný výsledek. OZ stanoví v § 2607 odst. 2, že výsledek zkoušky se zachytí v zápisu. Pokud se to nepřičí závazku, tak je zhotovitel povinen předat objednateli takový zápis na jeho žádost (§ 2607 odst. 2 OZ). Lze si však jen těžko představit situaci, která by ospravedlňovala nepředání zápisu ze zkoušky⁹⁴. Zápis pak bude sloužit především jako důkazní materiál v případě vzniku sporu.

4.6 Vady a odpovědnost za škodu způsobenou vadou

Jak již bylo uvedeno výše, patří odpovědnost za vady ve smlouvách o zhotovení softwaru k nejobtížnějším problematikám, což navíc podtrhuje jejich důležitost v tom smyslu, že podcení-li strany (zejména objednatel) tuto pasáž, může to vést až ke zmaření investice do softwaru. Tato práce se nebude zabývat obecnou problematikou vad, neboť toto téma bylo již mnohokrát popsáno a není zde na něj prostor, ale zaměří se pouze na specifika vyplývající ze smlouvy o zhotovení softwaru.

Pokud hovoříme o vadě softwaru, lze za ní považovat obecně objektivně zjistitelnou významnou odchylku od sjednaných vlastností počítačového programu⁹⁵

⁹⁴ JAKL, Ladislav. Nový občanský zákoník a duševní vlastnictví. 1. vyd. Praha: Metropolitan University Prague Press, 2012, str. 54.

⁹⁵ MAISNER, Martin, KŘÍŽKA, Michal. Vady počítačového programu ve světle platné právní úpravy. In: Epravo.cz [online]. 2009 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/vady-pocitacoveho-programu-ve-svetle-platne-pravni-upravy-58153.html>

(softwaru). Občanský zákoník stanoví pravidlo, že dílo (software) má vady, pokud neodpovídá smlouvě (§ 2615 OZ). U vad díla je třeba dát si pozor na jejich uplatnění, přičemž vady lze uplatnit nejpozději do dvou let od předání díla (§ 2618 OZ). Poté, pokud zhotovitel namítne opožděné uplatnění práva, soud objednateli právo z vadného plnění nepřizná (§ 2618 OZ).

Prosté konstatování OZ, že dílo (software) má vady, pokud neodpovídá smlouvě (§ 2615 OZ), samozřejmě klade vysoké nároky na to, aby byl software specifikován ve smlouvě co nejpřesněji. Tato specifikace se provádí jednak tím, že se stanoví požadavky na software v rámci specifikace díla ve smlouvě a dále výslovným výčtem vad (toho co je považováno za vadu softwaru).

Největším problémem u problematiky vad bývá, že objednatel nemá ani přesnou představu o tom co všechno by měl jím objednaný software splňovat za požadavky⁹⁶. Objednatelé bez větších zkušeností se zakázkovým zhotovováním softwaru tak v rámci specifikace softwaru ve smlouvě většinou zůstanou u vlastností, které vyplývají pouze z názvu softwaru⁹⁷, avšak málokdy jdou do hloubky. To pak činí značné problémy v případech kdy software má „vadu“, kterou objednatel vůbec nepředpokládal. V praxi, při specifikaci díla a výslovných vad, se mi nejvíce osvědčil postup rozepisování jednotlivých vlastností softwaru (to samé u vad) od obecných vlastností, které by měl mít každý software, přes vlastnosti softwaru v dané skupině⁹⁸ až po vlastnosti specifické pro software daného klienta. Z hlediska systematiky se v některých pramenech také doporučuje rozdělit vady do kategorií dle závažnosti⁹⁹, kdy se pak s jednotlivými kategoriemi mohou spojit rozdílné důsledky.

⁹⁶ OTEVŘEL, Petr. Vady v IT. In: Právo IT [online]. 2009 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/vady-v-it>

⁹⁷ Např. skladištní software. Na první pohled se nabízí, že takový software by měl umožnit přidávat jednotlivé položky, evidovat datum a čas uskladnění, vlastníka, datum a čas vyzvednutí a povahu zboží.

⁹⁸ Např. účetní software, software evidence pohledávek, skladištní software atd.

⁹⁹ JANSÁ, Lukáš. Nedostatky a rizika smluv o vytvoření a implementaci softwaru. IT SYSTEMS [online]. 2010, č. 10 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.systemonline.cz/erp/nedostatky-a-rizika-smluv-o-vytvoreni-a-implementaci-software.htm>

V praxi bývají často předmětem sporu tzv. chybové hlášky¹⁰⁰, které ale neovlivňují vlastní funkčnost softwaru. Jsou tím myšleny případy, kdy software zobrazí chybovou hlášku, avšak vlastnosti softwaru ani probíhající procesy nejsou nijak ovlivněny¹⁰¹. Na první pohled by se tedy zdálo, že nemusí jít o vadu, avšak dle mého názoru by se i tyto případy měly za vadu považovat, jelikož takovéto chybové hlášky mohou poměrně zásadně „obtěžovat“ uživatele a snižovat uživatelskou hodnotu softwaru. Nelze však předjímat jak by v konkrétním případě rozhodl soud (zřejmě by zkoumal i intenzitu výskytu takových hlášek) a tudíž je vhodné uvést výslovně do smlouvy, že za vadu se považuje i výskyt chybové hlášky bez dalšího.

Pokud nebudeme brát v potaz jenom smlouvy postavené jednoznačně na ochranu objednatele, bude třeba se také zabývat negativním vymezením vad, čili tím co vada není. Jsou totiž jisté případy, které by se na první pohled mohly jevit jako vady, avšak při bližším zkoumání vyplyne, že zhotovitel neměl možnost takovouto „vadu“ ovlivnit.

Tímto případem bude např. provozování softwaru na nevhodném hardwaru. Např. u aplikací, kde uživatelé přenáší po síti velké objemy dat, je třeba věnovat zvýšenou pozornost síťové infrastruktuře. Pokud se tato podcení, může to způsobit, že software pracuje pomalu nebo při velkém náporu dat nepracuje vůbec.

Dalším případem jsou např. „vady“ způsobené viry nebo softwarem třetích stran, kdy software v jejich důsledku přestane zcela fungovat, nebo je jeho použitelnost omezena. I tyto případy lze těžko považovat za vadu, za kterou by odpovídal zhotovitel. To ale nebude platit tehdy, pokud by to odporovalo prohlášení zhotovitele (např. v podobě bezpečnostních standardů softwaru¹⁰², nebo samotnému účelu softwaru).

U softwaru, stejně jako u ostatních děl, rozlišujeme vady faktické a vady právní. Doposud byl výklad zaměřen spíše na vady faktické, avšak u softwaru jsou neméně

¹⁰⁰ Tamtéž

¹⁰¹ Naopak o víceméně jasnou vadu by šlo, pokud se software po zobrazení chybové hlášky samovolně ukončil.

¹⁰² OTEVŘEL, Petr. Vady v IT. In: Právo IT [online]. 2009 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/vady-v-it>

důležité vady právní. Právní vady souvisí s nedostatky softwaru jako předmětu duševního vlastnictví. Konkrétně se tyto vady týkají oprávnění k výkonu majetkových práv (právo dílo užít), případně osobnostních práv¹⁰³ (právo dílo zveřejnit, právo zasahovat do díla). K právním vadám dochází především v případě, kdy je v rámci zhotovení tzv. více článku v řetězci zhotovitelů („mezičlánek“ - k tomu blíže viz kapitola 4.2) a samotný „zhotovitel“ - v tomto případě subjekt se kterým objednatel uzavřel smlouvu o zhotovení softwaru, nemá dostatečně ošetřena všechna autorská práva. Stačit může i chybně vymezený druh práce u zaměstnance zhotovitele¹⁰⁴. V důsledku tohoto nedostatečného ošetření práv je pak zhotovený software zatížen právem třetí osoby, což je často sám zaměstnanec zhotovitele¹⁰⁵. Dojde-li použitím softwaru k ohrožení nebo porušení práva duševního vlastnictví třetí osoby, je z tohoto zhotovitel objednateli zavázán přitom jen tehdy, pokud o tom zhotovitel v době uzavření smlouvy věděl nebo musel vědět (§ 2616 OZ).

Jak již bylo uvedeno výše, smlouva by měla obsahovat i výslovné uvedení toho, co bude považováno za vadu. Pozornost by měla být ve smlouvě věnována zejména těmto případům: software nelze v důsledku programové chyby vůbec spustit, software kvůli programovým chybám nenaplňuje účel svého vzniku, software nelze použít ke sjednanému účelu, software nevyhovuje uživatelem vložená data z hlediska správnosti jejich formátu, software nesplňuje požadavky na obvyklou kompatibilitu či interoperabilitu s jiným softwarem, nebo pokud software nesplňuje požadavky na odezvu u takového druhu softwaru obvyklou. Další případy vad softwaru, které je vhodné upravit přímo ve smlouvě lze nalézt v dostupné literatuře¹⁰⁶.

¹⁰³ JANSÁ, Lukáš, OTEVŘEL, Petr. Softwarové právo: praktický průvodce právní problematikou v IT. Vyd. 1. Brno: Computer Press, 2011, str. 97.

¹⁰⁴ Tamtéž, str. 78.

¹⁰⁵ DUŠKOVÁ-JANOUCHOVÁ, Krystýna. Pozor na zaměstnanecké dílo!. In: E15 PROFIT [online]. 2006 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://euro.e15.cz/profit/pozor-na-zamestnanecke-dilo-880097>

¹⁰⁶ OTEVŘEL, Petr. Vady v IT. In: Právo IT [online]. 2009 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/vady-v-it>

Velmi závažné důsledky pro zhotovitele může mít odpovědnost za škodu způsobenou vadou softwaru. U dřívějších smluv, které se řídily starou úpravou, se v rámci odpovědnosti za škodu hradila pouze předvídatelná škoda (§ 379 ObchZ, věta druhá). I u těchto smluv však bylo poměrně obtížné určit, co je ještě škoda předvídatelná.

OZ již neobsahuje zákonnou limitaci v podobě předvídatelné škody. Hradí se tedy celá skutečná škoda a taktéž ušlý zisk (§ 2952 OZ). Nebyla-li škoda způsobena úmyslně, má soud pouze možnost náhradu škody přiměřeně snížit, ale jen tehdy, jsou-li zde důvody hodné zvláštního zřetele (§ 2953 odst. 1 OZ). Velmi důležitý je i odstavec 2 § 2953 OZ, jelikož obsahuje další případy, kdy soud nebude moci snížit náhradu škody. Problémem však je, že tento odstavec váže vyloučení možnosti snížit náhradu škody soudem, mimo dalších podmínek, na porušení odborné péče, jejíž uplatnění na zhotovení softwaru může být dosti problematické¹⁰⁷.

V případě zhotovení softwaru může zejména ušlý zisk dosáhnout závratných částek, ale taktéž skutečná škoda může být značně vysoká¹⁰⁸. Aby vůbec bylo možné pro zhotovitele podnikat bez nepřiměřeného rizika, lze doporučit zejména uzavření pojistné smlouvy. Dalším řešením, které přináší¹⁰⁹ OZ, je možnost smluvně limitovat¹¹⁰ výši náhrady škody. OZ však neumožňuje limitaci bez omezení (§ 2898 OZ) a je tudíž třeba počítat s tím, že pokud bude škoda způsobena úmyslně nebo i hrubou nedbalostí, nebude se k takovému omezení přihlížet. Stejně tak se nebude přihlížet k ujednání, které

¹⁰⁷ Blíže k problematice odborné a potřebné péče při zhotovení softwaru viz kapitola 3.1.

¹⁰⁸ U nás se jedná v praxi o poměrně časté případy chyb, či nepřesností v účetním softwaru, v důsledku čehož vznikají subjektům daňové nedoplatky. Blíže k této problematice také: OTEVŘEL, Petr. Rozhodnutí NS - hranice odpovědnosti výrobce účetního software. In: Právo IT [online]. 2008 [cit. 2014-03-11]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/rozhodnuti-ns-hranice-odpovednosti-vyrobce-ucetniho-software>

¹⁰⁹ K limitaci náhrady škody v dřívější právní úpravě viz např.: JANSÁ, Lukáš. Limitace náhrady škody v IT. In: Právo IT [online]. 2008 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/limitace-nahrady-skody-v-it>

¹¹⁰ AUJEZDSKÝ, Jozef. Odpovědnost za vady dodaných počítačových programů - software. In: ELAW.cz [online]. 2010 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.elaw.cz/clanek/odpovednost-za-vady-dodanych-pocitacovych-programu-software>

předem omezuje nebo vylučuje právo slabší strany na náhradu jakékoliv újmy (§ 2898 OZ).

4.7 Smluvní pokuta

Velice častým nástrojem posílení postavení věřitele ve smluvních vztazích je institut smluvní pokuty. Nejinak je tomu též u smlouvy o zhotovení softwaru, kde se lze v praxi pravidelně setkat s ustanoveními právě o smluvní pokutě. Účelem smluvní pokuty je posílit postavení věřitele, nikoli zajistit dluh a proto je smluvní pokuta v OZ, na rozdíl od staré úpravy, zařazena do oddílu pojmenovaného „Utvrzení dluhu“¹¹¹. Z hlediska nutných náležitostí smlouvy o zhotovení softwaru však ujednání o smluvní pokutě není podmínkou.

V nové úpravě je smluvní pokuta, na rozdíl od § 545 odst. 3 OZ 1964, postavena na principu porušení smluvní povinnosti bez ohledu na zavinění. Smluvní pokutu může věřitel také požadovat bez ohledu na to, zda mu porušením dané povinnosti skutečně vznikla škoda či nikoliv (§ 2048 OZ). Zaplacení smluvní pokuty navíc nezbavuje dlužníka povinnosti splnit dluh, který byl utvrzen takovou pokutou (§ 2049 OZ). Tyto uvedené charakteristiky vymezují smluvní pokutu jako vysoce vhodný institut, kterým může objednatel působit na zhotovitele. Tím, že smluvní pokuta není závislá na zavinění, je objednatel v případném sporu zbaven povinnosti prokazovat zhotovitelovu nedbalost, přičemž jeho důkazní situaci výrazně ulehčuje i uvedená možnost požadovat smluvní pokutu bez ohledu na skutečný vznik škody. Zhotovitel se navíc nemůže vyvázat z povinnosti utvrzené smluvní pokutou tím, že jednoduše kalkuluje s tím, že povinnost nesplní a raději zaplatí smluvní pokutu, jelikož samotné zaplacení smluvní pokuty ho nezbavuje povinnosti splnit povinnost utvrzenou smluvní pokutou, jak bylo uvedeno výše.

Pozornost je třeba věnovat také ustanovení § 2050 OZ, kde se uvádí, že: *„Je-li ujednána smluvní pokuta, nemá věřitel právo na náhradu škody vzniklé z porušení*

¹¹¹ Důvodová zpráva k § 2048 až 2052 OZ In: Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., (Občanský zákoník)

*povinnosti, ke kterému se smluvní pokuta vztahuje*¹¹².“ Na toto ustanovení je třeba dát si pozor při nastavení výše smluvní pokuty, aby smluvní pokuta nebyla nastavena jako příliš nízká. Domnívám se, že vzhledem ke znění § 1 odst. 2 OZ, je toto ustanovení dispozitivní, tudíž se strany mohou dohodnout odchylně. Ostatně i v OZ 1964 v § 545 odst. 2, bylo významově stejné ustanovení, které výslovně uvádělo, možnost dohodnout se jinak.

Posledním zákonným ustanovením, na které je třeba upozornit, je moderační oprávnění soudu na návrh dlužníka, zakotvené v § 2051 OZ. Nová úprava tak přebírá možnost soudu moderovat výši pokuty, která byla obsažena již v ObchZ (§ 301 ObchZ). OZ 1964, na rozdíl od citované úpravy ObchZ, neupravoval možnost soudu nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu snížit, což v důsledku vedlo ke značným problémům, jelikož sjednání nepřiměřeně vysoké smluvní pokuty pak bylo považováno za neplatný právní úkon pro rozpor s dobrými mravy¹¹³. Naproti tomu, v rámci ObchZ mohlo být takové ujednání o nepřiměřené smluvní pokutě prohlášeno za příčící se dobrým mravům a tudíž za neplatné jenom tehdy, pokud se „ (...) *dobrym mravum přičily okolnosti, za kterých byla smluvní pokuta sjednána, a to i případně ve spojení se skutečností, že byla sjednána nepřiměřeně vysoká smluvní pokuta. Ujednání o smluvní pokutě není však možno v obchodněprávních vztazích považovat za neplatné podle § 39 obč. zák. pouze z důvodu nepřiměřenosti sjednané výše smluvní pokuty*“¹¹⁴.“ Vzhledem k téměř totožné úpravě možnosti moderace v OZ v porovnání s dřívější úpravou v ObchZ, nevidím důvod, proč by se neměl tento judikát uplatnit i v nové úpravě. Úprava moderace smluvní pokuty v OZ je ve srovnání s ObchZ téměř totožná, ale není totožná zcela. Rozdílem je, že v OZ je přidána, jako podmínka možnosti moderace soudem, nutnost podání návrhu ze strany dlužníka (§ 2051 OZ).

¹¹² § 2050 OZ

¹¹³ např. jedno z prvních rozhodnutí: Rozsudek Krajského soudu v Hradci králové sp. zn.: 15 Co 126/94, ze dne 24. 5. 1995; publikováno v ASPI pod ASPI ID: JUD7052CZ.

¹¹⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn.: 31 Cdo 2707/2007, ze dne 14. 10. 2009; publikováno ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek NS pod číslem 81/2010.

Velice častou chybou při stanovení smluvní pokuty ve smlouvě o zhotovení softwaru bývá nedostatečná určitost takového ujednání. Nedostatek určitosti pak dle § 37 odst. 1 OZ 1964 způsoboval absolutní neplatnost. Podle OZ se jedná pouze o zdánlivé právní jednání (§ 553 odst. 1 OZ), přičemž k takovému „právnímu jednání“ se vůbec nepřihlíží (§ 554 OZ). Touto logikou se dle mého názoru pak neuplatní zákonem stanovený výkladový princip v § 574 OZ, kde se říká, že „*Na právní jednání je třeba spíše hledět jako na platné než jako na neplatné*“¹¹⁵.“ Nebude se totiž vůbec řešit otázka platnosti či neplatnosti právního jednání, jelikož vůbec o právní jednání nepůjde.

V souvislosti s dostatečnou určitostí, je třeba především pečlivě označit povinnost, na jejíž porušení se smluvní pokuta vztahuje, což právě bývá dosti často podceňováno. Ve snaze ulehčit si práci se přitom často objevuje např. navázání smluvní pokuty na „porušení jakékoliv povinnosti ve smlouvě“. Nejvyšší soud ale výslovně označil takovéto „*sjednání výše smluvní pokuty pro porušení jakékoliv smluvní povinnosti*“ za neplatné podle § 37 OZ 1964¹¹⁶. Dostatečnou určitostí smluvní pokuty se Nejvyšší soud zabýval i v jiných judikátech a nevidím důvod, proč by nemohly být tyto judikáty přiměřeně použity i na novou právní úpravu.

4.8 Práva a povinnosti stran

Tato část smlouvy o zhotovení softwaru bývá taktéž často podceňována a to kvůli tomu, že ji mnozí považují pouze za sběrný oddíl ustanovení, která se jinam nehodila. To co bude obsahem takového oddílu, bude skutečně odlišné smlouva od smlouvy. Často se lze v této části setkat s ustanoveními o vzájemné součinnosti a komunikaci mezi stranami, s ustanovení o citlivých údajích a o povinnosti mlčenlivosti, s úpravou vystavování a splatnosti daňových dokladů a s tzv. prohlášeními stran. Neznamená to ale, že by uvedená ujednání nemohla mít vlastní oddíl v samotné smlouvě. Z hlediska náležitostí smlouvy o zhotovení softwaru se nejedná o ustanovení, která by musela ve

¹¹⁵ § 574 OZ

¹¹⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn.: 23 Cdo 4281/2011, ze dne 19. 3. 2012; publikováno v ASPI pod ASPI ID: JUD215257CZ.

smlouvě být nutně obsažena, ale z praktického hlediska je opět nanejvýš vhodné, pokud tam tato ujednání budou. Většina těchto ujednání má navíc univerzální povahu, tj. mohou být použity bez výrazných zásahů i v jiných typově odlišných smlouvách.

Velice častým ustanovením, nejenom v případě smlouvy o zhotovení softwaru, je výše zmíněná povinnost mlčenlivosti¹¹⁷. Ke zhotovení softwaru a to často už při vyjednávání o smlouvě, mohou být třeba důvěrné informace, které se týkají technologií, zaměstnanců, klientů, či jiných důležitých skutečností. Základní ochrana informací při vyjednávání o smlouvě je obsažena v § 1730 odst. 2 OZ. K ochraně předávaných informací je možné také použít institut ochrany obchodního tajemství¹¹⁸ (§ 2985 OZ) v rámci ochrany proti nekalé soutěži (§ 2988 OZ). Smlouva by měla výslovně uvádět především povinnost zachovávat mlčenlivost o všech skutečnostech týkajících se smlouvy o zhotovení softwaru, což bude doplňovat zákonná ustanovení a působit na strany psychologicky. K posílení tohoto efektu je pak vhodné utvrdit povinnost mlčenlivosti dostatečně vysokou smluvní pokutou.

U smluv, kde má objednatel zajištěnou výhradní licenci, nebo kde vykonává autorova majetková práva (§ 58 odst. 1 AZ) se lze také setkat s tzv. zákazem konkurence¹¹⁹. Takovým ustanovením je zhotoviteli, pod pohrůzkou smluvní pokuty, zakázáno vytvořit v určitém časovém horizontu obdobný software pro konkurenci. Toto ustanovení je obvyklé spíše tam, kde je na straně zhotovitele malá společnost. Objednatel softwaru chrání svoji investici, kterou přispívá i k vytvoření určitého know-how na straně zhotovitele. Pokud by si následně konkurence objednala stejný software,

¹¹⁷ JANSÁ, Lukáš. Dohoda o mlčenlivosti v IT (NDA – non disclosure agreement, CA - confidentiality agreement). In: Právo IT[online]. [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/dohoda-o-mlcenlivosti-v-it-nda-non-disclosure-agreement-ca-confidentiality-agreement>

¹¹⁸ JAKL, Ladislav. Nový občanský zákoník a duševní vlastnictví. 1. vyd. Praha: Metropolitan University Prague Press, 2012, str. 55.

¹¹⁹ JANSÁ, Lukáš. Nedostatky a rizika smluv o vytvoření a implementaci softwaru. IT SYSTEMS [online]. 2010, č. 10 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.systemonline.cz/erp/nedostatky-a-rizika-smluv-o-vytvoreni-a-implementaci-softwaru.htm>

mohl by jí zhotovitel nabídnout mnohem příznivější cenové podmínky, jelikož bude mít vytvořeny potřebné nástroje, vývojové postupy a knihovny.

Zahraniční literatura¹²⁰ uvádí jako vhodné doplnit také zákaz postoupení práv ze smlouvy. Kromě toho by strany měly ve smlouvě věnovat pozornost též tomu, jak by byl řešen eventuální zánik zhotovitele. OZ sice stanoví, že závazek nezaniká, „ (...) *může-li dílo úspěšně provést ten, kdo převzal činnost zhotovitele jako jeho právní nástupce*¹²¹“, avšak termín „úspěšně provést“ je dosti neurčitý. Výslovnou úpravou těchto skutečností tak strany zajistí, že závazek bude trvat pouze mezi jimi samotnými.

Do sběrného oddílu práv a povinností se také někdy zařazuje problematika přístupu ke zdrojovému kódu¹²², přičemž konkrétní obsah se většinou týká tzv. úschovy (escrow¹²³) zdrojového kódu. Problémy, které mohou nastat v souvislosti s předáním zdrojového kódu i tento samotný pojem, byly již vysvětleny v kapitole 2.3, přičemž úschova je jedním z možných řešení těchto problémů. Smyslem úschovy většinou bývá pojistit se proti událostem, které mohou nastat na straně zhotovitele (např. událost ekonomického charakteru¹²⁴).

V praxi vypadá toto ustanovení tak, že se strany dohodnou, že zdrojový kód bude uložen na nosiči u advokáta, u notáře či v zapečetěné obálce u jedné ze stran. Nejčastěji jsem se osobně setkal právě s poslední variantou, jelikož tato je nejméně finančně náročná i z toho důvodu, že uschovaný zdrojový kód je třeba pravidelně aktualizovat tak, jak pokračuje vývoj softwaru. Běžnou součástí tohoto ustanovení je pak možnost druhé strany kontrolovat neporušenost zapečetěné obálky s nosičem, na kterém je uložen zdrojový kód.

¹²⁰ BAINBRIDGE, David I. Introduction to computer law. 4th ed. Harlow: Longman, 2000, str. 211.

¹²¹ § 2588 odst. 1 OZ

¹²² Blíže viz: ŠTĚDRŇ, Bohumír. Ochrana a licencování počítačového programu. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2010, str. 65.

¹²³ JANSÁ, Lukáš, OTEVŘEL, Petr. Softwarové právo: praktický průvodce právní problematikou v IT. Vyd. 1. Brno: Computer Press, str. 193.

¹²⁴ JANSÁ, Lukáš. Tvorba počítačových programů na objednávku. In: Právo IT [online]. 2007 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/tvorba-pocitacovych-programu-na-objednavku>

V tzv. „prohlášeních stran“ uvedených v úvodu této kapitoly, strany výslovně deklarují svoji právní i ekonomickou způsobilost převzít na sebe závazky ze smlouvy a zejména zhotovit software s odbornou péčí¹²⁵. Do těchto prohlášení také obvykle patří prohlášení, že strany nejsou účastníky žádného řízení (zejména soudního), které by mohlo ovlivnit plnění jejich závazků, že nejsou ve faktickém úpadku, či že na jejich majetek není nařízena exekuce. Důsledkem nepravdivosti těchto tvrzení je pak většinou možnost odstoupit od smlouvy, případně ještě povinnost zaplatit smluvní pokutu.

4.8.1 Součinnost a komunikace mezi stranami

Samostatnou pozornost si rozhodně zaslouží problematika součinnosti stran a tak jí bude věnována tato podkapitola.

Základem ustanovení o součinnosti by mělo být prohlášení, že strany jsou povinny poskytovat si vzájemnou součinnost ke splnění všech závazků vyplývajících ze smlouvy, čímž se strany vyhnou dovozování obecné povinnosti součinnosti ze zákona. Pod pojem součinnost by pak strany měly zahrnout nejen úkony směřující k vlastnímu zhotovení softwaru, ale taktéž komunikaci a informační povinnost.

Strany by se měly ve smlouvě dohodnout na kontaktních osobách, které budou v uvedených časech dostupné. Aby smluvně zakotvený proces součinnosti nebyl narušen fluktuací pracovníků, měla by být jména (a kontakty) odpovědných pracovníků uvedena např. v příloze nebo v části smlouvy, kterou budou moci operativně měnit dohodou jiné osoby než členové statutárního orgánu společnosti (blíže k této problematice viz kapitola 4.3.2.)

Dále by mělo samozřejmě být uvedeno, co je myšleno onou dostupností, kterou lze formulovat jako dosažení uvedené osoby na mobilním telefonu nebo její odpověď na e-mail v přiměřené době (která může být dále upřesněna). Budou-li se mezi stranami konat pravidelné schůzky, je vhodné upravit povinnost stran předat si předem potřebné podklady a místo konání těchto schůzek, nedohodnou-li se strany jinak.

¹²⁵ K problematice odborné a potřebné péče viz kapitola 3.1.

Doporučuji ve smlouvě také výslovně upravit počáteční fázi řešení sporů mezi stranami. Toto ustanovení by mělo strany zavazovat řešit vzniklý spor nejprve smírnou cestou na schůzce moderované nezávislou osobou a ještě lépe mediátorem. V praxi se totiž valná většina sporů vyřeší kompromisem poté, co jsou strany srozuměny s nevýhodami (časová a finanční náročnost) soudního řízení. Případné soudní řízení může být pomocí rozhodčí doložky nahrazeno řízením před rozhodcem, avšak ani tato varianta není z časového a finančního hlediska úplně optimální, na rozdíl od kompromisního řešení po dohodě stran. Navíc, pokud věc dospěje až do rozhodčího řízení, lze většinou stěží v budoucnosti očekávat nějakou bližší spolupráci stran.

5 Závěr

Téma „Smlouva o zhotovení softwaru“, se ukázalo pro zpracování diplomové práce jako velice vhodné, ale taktéž značně obtížné. Obtížnost tématu se ukázala především v následujícím – v jeho rozsáhlosti, ve vlivu nové právní úpravy a v nedostatku vhodných pramenů. Tyto jednotlivé jevy bych rád dále rozebral blíže.

Na počátku byla pro tuto práci stanovena osnova, která kromě bodů uvedených v obsahu obsahovala ještě jedno zásadnější a jedno okrajové téma – implementaci softwaru a mezinárodní prvek ve smlouvě o zhotovení softwaru. Samotná kapitola o implementaci pak měla zahrnout ještě téma podpory a ladění softwaru a měla se také blíže věnovat aktualizacím softwaru a zásuvným modulům. Tyto kapitoly byly zahrnuty až za nosnou kapitolu celé práce – kapitolu č. 4, ve které měl být především realizován cíl práce v podobě ucelené charakteristiky smlouvy o zhotovení softwaru. Uvedené kapitoly byly původně zařazeny až za kapitoly, ve kterých měly být zodpovězeny základní otázky uvedené v úvodu také proto, že zde od počátku existovala možnost, že se témata v kapitolách 2 až 4 ukáží jako obsahově mnohem náročnější a na dvě poslední kapitoly nezbyde místo, vzhledem ke stanovenému rozsahu stran. To se nakonec ukázalo jako skutečnost a uvedené kapitoly nejsou do výsledné práce zařazeny. Domnívám se, že tím však není nijak snížena hodnota práce, jelikož jak bylo uvedeno výše, vypuštěné kapitoly rozhodně netvořily jádro práce a téma pouze doplňovaly.

Kapitola, která měla řešit implementaci softwaru, by svým rozsahem stačila na samostatnou odbornou práci. Navíc se v praxi implementace poměrně často vyskytuje v samostatných smlouvách. Do práce měla být tato kapitola zařazena proto, že to však není pravidlem, neboli v některých smlouvách je přímo součástí smlouvy o zhotovení softwaru. Do jedné smlouvy jsou pak zhotovení a implementace spojovány i v některých odborných publikacích¹²⁶.

¹²⁶ JANSÁ, Lukáš, OTEVŘEL, Petr. Softwarové právo: praktický průvodce právní problematikou v IT. Vyd. 1. Brno: Computer Press, 2011, str. 163.

Kapitola o mezinárodním prvku měla přiblížit např. situaci, kdy jsou povinnosti ze smlouvy plněny na území více států, zejména v případě, kdy se na zhotovení softwaru podílejí najednou subjekty z více zemí.

Obě kapitoly tak nastiňují témata zcela jistě zajímavá, ale vzhledem k tomu, že práce se měla pokusit především o ucelený pohled na smlouvu o zhotovení softwaru, jedná se o témata zcela minoritní. Proto věřím, že práce ve skladbě, v jaké je předkládána, splňuje cíle uvedené v úvodu, což byl její účel především.

Druhým jevem, který pravděpodobně nejvíce přispěl k obtížnosti zvoleného tématu, byl vliv nové právní úpravy. Tato práce byla zpracovávána na podzim roku 2013 a v zimě roku 2014, což bylo období vstupu rekodifikace soukromého práva účinnost. Od počátku jsem sice počítal s tím, že bude nutné vypořádat se s novou systematikou OZ a s výkladem jeho jednotlivých ustanovení, avšak ve výsledku bylo třeba věnovat výkladu a dovozování souvislostí mnohem více času a prostoru v samotné práci, než jsem na začátku odhadoval.

Potřeba prvního rozsáhlejšího výkladu nové úpravy se ukázala již ve druhé kapitole, konkrétně v podkapitole 2.3. Zcela nejrozsáhlejší a také nejobtížnější výklad nové úpravy je obsažen v podkapitole 3.1. Problémy, které jsou v této podkapitole reflektovány, přitom nemohly být vynechány, jelikož smlouva o dílo se ukázala být nezbytnou součástí smlouvy o zhotovení softwaru. Proto bylo třeba se vypořádat především s právní povahou softwaru (jako věci nehmotné) a v důsledku toho s použitelností § 2631 až 2635 OZ. Podkapitola 3.2 pak přinesla podobně velkou výzvu v podobě nejasné otázky vztahu obecného vlastnického práva a předmětů duševního vlastnictví.

Závěry učiněné nejenom v těchto kapitolách, týkající se nové právní úpravy, jsou pouze vyjádřením mého názoru, přičemž jen některé z nich jsou podloženy dostupnou literaturou. Důvodem je nedostatek vhodných pramenů, který bude rozveden dále.

Prvním problémovým okruhem, ve kterém se v době zpracování této práce nedostávalo vhodných zdrojů, bylo rekodifikované soukromé právo. Práce vznikala v době, kdy nebyly k dispozici potřebné komentáře, ba většinou ani články, které by

uspokojivě řešily problémové okruhy související s novou právní úpravou rozebírané v této práci. Navíc, i kdyby byly tyto zdroje k dispozici, stále by se jednalo jen a pouze o názory nepodložené rozhodovací praxí soudů.

Druhým problémovým okruhem, ve kterém se v době zpracování této práce nedostávalo vhodných zdrojů, byla tematika samotné smlouvy o zhotovení softwaru. Z monografií na toto téma u nás vyšla prakticky jediná monografie, která se smlouvou o zhotovení softwaru zabývala komplexně¹²⁷, avšak ta byla koncipována převážně jako příručka do praxe a nikoliv jako vědecká práce. Kromě toho bylo možné čerpat ze značného množství článků, které se však povětšinou zabývaly pouze dílčími problémy a nedávaly celou látku do kontextu. Konečně naprostá většina těchto pramenů pracovala se starou právní úpravou, což jejich využitelnost ještě více snižovalo.

Ze zahraničních pramenů bylo obtížné vybrat takové, které by alespoň částečně odpovídaly naší právní úpravě. Svůj díl v tom má i poněkud odlišná koncepce autorského práva v USA, kde by jinak o zdroje nebyla nouze. Nakonec jsem v práci čerpal ze tří zahraničních monografií, z nichž se především titul *Introduction to computer law*¹²⁸ ukázal jako nejbohatší zdroj a to i přes stáří této publikace.

Celkově tyto tři výše popsané jevy ovlivnily zpracování celé práce spíše v pozitivním smyslu. Nutnost soustředit se na aktuální úpravu, sice znemožnila zpracování dvou doplňkových kapitol, avšak zase dovolila detailnější rozbor ustanovení Občanského zákoníku, která jsou relevantní pro smlouvu o zhotovení softwaru. Nedostatek vhodných zdrojů pak přímo motivoval k výkladu nové právní úpravy a k formování vlastních názorů.

Co se týče cílů stanovených v úvodu, domnívám se, že práce zcela naplnila cíl popsat problematiku, kterou je smlouva o zhotovení softwaru, jako celek. Kapitola č. 2 rozebrala základní pojmy, kapitola č. 3 se zabývala vhodnými smluvními typy a kapitola č. 4 vlastním obsahem smlouvy o zhotovení softwaru. Kapitoly a podkapitoly

¹²⁷ JANSÁ, Lukáš, OTEVŘEL, Petr. *Softwarové právo: praktický průvodce právní problematikou v IT*. Vyd. 1. Brno: Computer Press, 2011.

¹²⁸ BAINBRIDGE, David I. *Introduction to computer law*. 4th ed. Harlow: Longman, 2000.

byly konstruovány kolem jevů, které mohou působit potíže při praktickém použití a taktéž kolem jevů, které vyžadovaly rozbor z teoretického hlediska. V práci byly také hojně uváděny příklady z praxe, které jsem čerpal jak z odborné literatury, tak z vlastních zkušeností na poli smluvní úpravy zhotovení softwaru. Již v úvodu bylo zmíněno, že práce si neklade za cíl podat vyčerpávající obraz o tématu, to by ostatně vzhledem k rozsahu naznačenému výše ani nebylo možné. Cíl přinést popis problematiky jako celku, si však myslím, že byl naplněn.

Vzhledem ke skutečnostem popsaným v této práci a k závěrům tam učiněným, pak lze přinést následující odpovědi na doplňující otázky položené v úvodu:

1. Lze smlouvu o zhotovení softwaru podřadit pod některý ze smluvních typů upravených v OZ? Pokud ano, lze smlouvu o zhotovení softwaru zařadit pod jediný smluvní typ nebo se jedná o smlouvu, která nese znaky více smluvních typů?

Odpověď na tuto otázku lze nalézt v kapitole č. 3. Ve smlouvě o zhotovení softwaru lze spatřovat především smlouvu o dílo a licenční smlouvu. Nejjednodušší smlouva o zhotovení softwaru přitom výjimečně nemusí obsahovat žádná ustanovení z licenční smlouvy a může se tak jednat čistě o smlouvu o dílo (bližší viz kapitola 3.3.)

2. Lze vytvořit typologii smluv o zhotovení softwaru? Pokud ano podle jakých kritérií?

Ano lze. Z obsahu smlouvy o zhotovení softwaru vyplynuly například následující možná kritéria:

- a) Povaha osob uzavírajících smlouvou. Povaha osob nás bude zajímat především při zkoumání toho, zda může jít v daném případě o zaměstnanecké dílo dle § 58 odst. 1 AZ (bližší viz kapitola 4.2.)
- b) Možnost operativně měnit smlouvu. Zde můžeme rozlišovat smlouvy, které lze jednoduše operativně měnit během vývoje softwaru a ty které nikoliv (bližší viz kapitola 4.3.2.)

c) Způsob sjednání ceny za zhotovení softwaru. Můžeme rozlišovat smlouvy, kde je cena stanovena pevnou částkou a např. smlouvy kde je cena stanovena dle rozpočtu (blíže viz kapitola 4.4.)

Toto byly pouze příklady možných klasifikačních kritérií a po bližším rozboru jednotlivých kapitol práce lze zcela jistě přijít i s dalšími.

3. Lze vytvořit univerzální strukturu smlouvy o zhotovení softwaru s podstatnými náležitostmi, které nemohou chybět v žádné smlouvě o zhotovení softwaru?

Domnívám se, že zcela univerzální strukturu, která by byla společná všem smlouvám o zhotovení softwaru vytvořit nelze. Vzhledem k tomu, že v krajních případech lze za smlouvu o zhotovení softwaru považovat smlouvu o dílo bez dalšího a vzhledem k možnostem toho, co všechno lze upravit a co by ve smlouvě o zhotovení softwaru být upraveno mělo, se domnívám, že smlouva o zhotovení softwaru je natolik individuální pro jednotlivé případy, že stanovení univerzální struktury by mělo spíše negativní dopady. Takové řešení by totiž mohlo zbytečně tlačit na úpravu, která v dané situaci nebude potřebná, nebo naopak legitimizovat opomenutí důležitých ustanovení, která budou pro určité případy nezbytná.

4. Lze rozdělit zhotovení softwaru na fáze? A pokud ano, jaké fáze to budou?

Ano lze a tyto fáze byly blíže popsány v kapitole 4.3.

Domnívám se, že vzhledem k výše uvedenému, práce zcela splnila vytyčené cíle. Jelikož na téma, kterým se tato práce zabírala, existuje minimum odborným pramenů, které by postihovaly smluvní zhotovení softwaru jako celek, může mít tato práce přínos i pro další autory v budoucnu. Práce zároveň obsahuje výklad k ustanovením rekodifikovaného soukromého práva, který ač je pouze vyjádřením názoru, může taktéž mít pro praxi určitou váhu a to přinejmenším dokud nebudou některé ze závěrů potvrzeny nebo vyvráceny rozhodovací praxí soudů.

Použité zkratky

OZ, Občanský zákoník	Občanský zákoník - zákon č. 89/2012 Sb., účinný od 1. 1. 2013
OZ 1964	Občanský zákoník z roku 1964 - zákon č. 40/1964 Sb., ve znění pozdějších předpisů (zrušen k 1. 1. 2014)
ObchZ, Obchodní zákoník	Obchodní zákoník – zákon č. 513/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů (zrušen k 1. 1. 2014)
AZ, Autorský zákon	Autorský zákon - zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon)
Listina	Listina základních práv a svobod České republiky - usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů

SEZNAM ZDROJŮ

Monografie

1. BAINBRIDGE, David I. Introduction to computer law. 4th ed. Harlow: Longman, 2000, xxx, 480 s. ISBN 0-582-42334-1.
2. FIALA, Josef, KINDL, Milan et al. Občanský zákoník: komentář. II. Díl. 1. Vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2009, 788 s. ISBN 978-80-7357-395-9.
3. HLAVENKA, Jiří et al. Výkladový slovník výpočetní techniky a komunikací. 1. vyd. Praha: Computer Press, 1997, 452 s. ISBN 80-7226-023-5.
4. JAKL, Ladislav. Nový občanský zákoník a duševní vlastnictví. 1. vyd. Praha: Metropolitan University Prague Press, 2012, 163 s. ISBN 978-80-86855-87-5.
5. JANSÁ, Lukáš, OTEVŘEL, Petr. Softwarové právo: praktický průvodce právní problematikou v IT. Vyd. 1. Brno: Computer Press, 2011, 340 s. ISBN 978-80-251-3458-0.
6. LEMLEY, Mark A. Software and internet law. 4th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, c2011, xxiii, 1205 s. ISBN 978-0-7355-8915-5.
7. MADAR, Zdeněk. Slovník českého práva. 3. rozš. a podstatně přeprac. vyd. Praha: Linde, 2002, 983 s. ISBN 80-7201-377-7
8. MAISNER, Martin et al. Základy softwarového práva. 1. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2011, 356 s. ISBN 978-80-7357-638-7.
9. MALÝ, Josef. Obchod nemotnými statky: patenty, vynálezy, know-how, ochranné známky. Vyd. 1. Praha: Beck, 2002, XIII, 257 s. ISBN 80-7179-320-5.
10. Ottův slovník naučný: illustrovaná encyklopaedie obecných vědomostí. 8. díl. Praha: J. Otto, 1894, 1039 s.
11. PRCHAL, Petr. Zakázková autorská díla z pohledu práva závazkového a autorského. Praha: Linde, 2013, 147 s. ISBN 978-80-7201-903-8.
12. RUSTAD, Michael L. Software licensing: principles and practical strategies. Oxford: Oxford University Press, 2010, xxii, 785 s. ISBN 978-0-19-537619-7.
13. SVEJKOVSKÝ, Jaroslav et al. Nový občanský zákoník: srovnání nové a současné úpravy občanského práva. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2012, 792 s. ISBN 978-80-7400-423-0.
14. ŠTĚDRŮ, Bohumír. Ochrana a licencování počítačového programu. 1. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2010, 220 s. ISBN 978-80-7357-555-7.

15. TELEČ, Ivo. Autorský zákon: komentář. 1. vyd. Praha: Beck, 2007, XVIII, 971 s. ISBN 978-80-7179-608-4.
16. TŮMA, Pavel. Smluvní licence v autorském právu. 1. vyd. Praha: Beck, 2007, XVIII, 167 s. ISBN 978-80-7179-573-5.

Právní předpisy

1. Nařízení Rady č. 428/2009, ze dne 5. 5. 2009, kterým se zavádí režim Společenství pro kontrolu vývozu, přepravy, zprostředkování a tranzitu zboží dvojího užití
2. Nařízení Rady č. 6/2002, ze dne 12. prosince 2001, o průmyslových vzorech Společenství
3. Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů
4. Zákon č. 108/2006 Sb., o sociálních službách
5. Zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon)
6. Zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon)
7. Zákon č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník
8. Zákon č. 513/1991 Sb., Obchodní zákoník
9. Zákon č. 586/1992 Sb., Zákon České národní rady o daních z příjmů
10. Zákon č. 89/2012 Sb., Občanský zákoník

Články

1. AUJEZDSKÝ, Jozef. Máte právo na zdrojový kód svého programu?. In: LUPA.cz [online]. 2005 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.lupa.cz/clanky/mate-pravo-na-zdrojovy-kod-sveho-programu/>
2. AUJEZDSKÝ, Jozef. Odpovědnost za vady dodaných počítačových programů - software. In: ELAW.cz [online]. 2010 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.elaw.cz/clanek/odpovednost-za-vady-dodanych-pocitacovych-programu-software>

3. BEJČEK, Josef. Existuje smluvní svoboda? Právník, Praha: Academia, 1998, roč. 137, č. 12, s. 1017-1028.
4. BOUCHNER, Roman. Rizika při vývoji podnikového softwaru. *IT SYSTEMS* [online]. 2010, č. 11 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.systemonline.cz/erp/rizika-pri-vyvoji-podnikoveho-softwaru.htm>
5. DUŠKOVÁ-JANOUCHOVÁ, Kristýna. Pozor na zaměstnanecké dílo!. In: *E15 PROFIT* [online]. 2006 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://euro.e15.cz/profit/pozor-na-zamestnanecke-dilo-880097>
6. JANSÁ, Lukáš. Dohoda o mlčenlivosti v IT (NDA – non disclosure agreement, CA - confidentiality agreement). In: *Právo IT* [online]. [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/dohoda-o-mlcenlivosti-v-it-nda-non-disclosure-agreement-ca-confidentiality-agreement>
7. JANSÁ, Lukáš. Limitace náhrady škody v IT. In: *Právo IT* [online]. 2008 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/limitace-nahrady-skody-v-it>
8. JANSÁ, Lukáš. Nedostatky a rizika smluv o vytvoření a implementaci softwaru. *IT SYSTEMS* [online]. 2010, č. 10 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.systemonline.cz/erp/nedostatky-a-rizika-smluv-o-vytvoreni-a-implementaci-softwaru.htm>
9. JANSÁ, Lukáš. Tvorba počítačových programů na objednávku. In: *Právo IT* [online]. 2007 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/tvorba-pocitacovych-programu-na-objednavku>
10. KNEBL, Ondřej, ŠURMANOVÁ, Michaela. Odpovědnost za vady software. In: *Právní rádce* [online]. 2010 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://pravniradce.ihned.cz/c1-46529960-odpovednost-za-vady-software>
11. KOVAL, Martin, NIELSEN, Tomáš. Praktické rady v oblasti autorskopravní ochrany softwaru. *IT SYSTEMS* [online]. 2010, č. 4 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.systemonline.cz/sprava-it/prakticke-rady-v-oblasti-autorskopravni-ochrany-softwaru.htm>
12. MAISNER, Martin, KŘÍŽKA, Michal, FLAŠKÁR, Martin. Praktické aspekty licenčních smluv v IT. In: *Epravo.cz* [online]. 2009 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/prakticke-aspekty-licencnich-smluv-v-it-57721.html>
13. MAISNER, Martin, KŘÍŽKA, Michal, FLAŠKÁR, Martin. Úskalí předání a převzetí díla v informačních technologiích (IT), aneb "akceptační procedura". In: *Epravo.cz* [online]. 2009 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/uskali-predani-a-prevzeti-dila-v-informacnich-technologiich-it-aneb-akceptacni-procedura-58150.html>

14. MAISNER, Martin, KŘIŽKA, Michal. Vady počítačového programu ve světle platné právní úpravy. In: *Epravo.cz* [online]. 2009 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/vady-pocitacoveho-programu-ve-svetle-platne-pravni-upravy-58153.html>
15. MAISNER, Martin, ŠIMKA, Marek, KARÁSKOVÁ, Hana. Software jako zaměstnanecké dílo. In: *Epravo.cz* [online]. 2009 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/software-jako-zamestnanecke-dilo-56254.html>
16. MALIŠ, Daniel. Kogentnost právních norem dle nového Občanského zákoníku. In: *Epravo.cz* [online]. 2013 [cit. 2014-02-28]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/kogentnost-pravnich-norem-dle-noveho-obcanskeho-zakoniku-93262.html>
17. NIELSEN, Tomáš. Právní aspekty smluv na implementaci IS. *IT SYSTEMS* [online]. 2010, č. 5 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.systemonline.cz/erp/pravni-aspekty-smluv-na-implementaci-is.htm>
18. OTEVŘEL, Petr. Obchodní smlouvy v IT - 1. díl. In: *Právo IT* [online]. 2007 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/obchodni-smlouvy-v-it-1-dil>
19. OTEVŘEL, Petr. Obchodní smlouvy v IT - 2. díl. In: *Právo IT* [online]. 2007 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/obchodni-smlouvy-v-it-2-dil>
20. OTEVŘEL, Petr. Obchodní smlouvy v IT - 3. díl. In: *Právo IT* [online]. 2007 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/obchodni-smlouvy-v-it-3-dil>
21. OTEVŘEL, Petr. Rozhodnutí NS - hranice odpovědnosti výrobce účetního software. In: *Právo IT* [online]. 2008 [cit. 2014-03-11]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/rozhodnuti-ns-hranice-odpovednosti-vyrobce-ucetniho-software>
22. OTEVŘEL, Petr. Vady v IT. In: *Právo IT* [online]. 2009 [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.pravoit.cz/article/vady-v-it>
23. Portable Document Format. In: Wikipedia: the free encyclopedia [online]. San Francisco (CA): Wikimedia Foundation, 2001-2014 [cit. 2014-03-08]. Dostupné z: http://cs.wikipedia.org/wiki/Portable_Document_Format
24. Programovací jazyky. Stránky všeobecně o programování [online]. [cit. 2014-03-11]. Dostupné z: <http://k-prog.wz.cz/progjaz/index.php>
25. PSD. In: Wikipedia: the free encyclopedia [online]. San Francisco (CA): Wikimedia Foundation, 2001-2013 [cit. 2014-03-11]. Dostupné z: <http://cs.wikipedia.org/wiki/PSD>
26. ŠILHÁN, Josef. Inominátní smlouvy a přípustnost analogie v obchodních závazkových vztazích. Právní rozhledy, Praha: C.H.Beck, 2007, roč. 2007, č. 13, s. 465-473.

27. TURZA, Ondřej. Outsourcing a spolupráce s třetími stranami. *IT Systems* [online]. 2008, speciální číslo [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.systemonline.cz/outsourcing-ict/Outsourcing-spoluprace-treti-strana.htm>
28. VALEKOVÁ, Anna. Věc v právním smyslu ve vztahu k autorskému právu. In: *Epravo.cz* [online]. 2012 [cit. 2014-02-28]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/top/clanky/vec-v-pravnim-smyslu-ve-vztahu-k-autorskemu-pravu-82470.html>
29. VÁŇA, Vladimír. Požadavky na kvalitu IT služeb z pohledu zákazníka. *IT Systems* [online]. 2006, Outsourcing IT [cit. 2014-02-27]. Dostupné z: <http://www.systemonline.cz/outsourcing-ict/pozadavky-na-kvalitu-it-sluzeb-z-pohledu-zakaznika.htm>

Judikatura

1. Rozsudek Krajského soudu v Hradci králové sp. zn.: 15 Co 126/94, ze dne 24. 5. 1995; publikováno v ASPI pod ASPI ID: JUD7052CZ.
2. Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn.: 23 Cdo 4281/2011, ze dne 19. 3. 2012; publikováno v ASPI pod ASPI ID: JUD215257CZ.
3. Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn.: 31 Cdo 2707/2007, ze dne 14. 10. 2009; publikováno ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek NS pod číslem 81/2010.
4. Usnesení Ústavního soudu sp. zn.: II ÚS 249/97, ze dne 26. 2. 1998; publikováno ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu pod číslem 14/1998.

Jiné zdroje

1. Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., (Občanský zákoník)
2. PELIKÁNOVÁ, Irena. Komentář k zákonu č. 513/1991 Sb. Smlouva o běžném účtu. Úvod. § 708 a násl. ASPI [ASPI]. 2000-2014 [cit. 2014-11-03]. ASPI ID: LIT18046CZ.

NÁZEV DIPLOMOVÉ PRÁCE V ANGLICKÉM JAZYCE:

“Custom Software Development Agreement”

ABSTRACT

Zhotovení softwaru na zakázku je velice aktuálním tématem. Neustále rostoucí odvětví IT služeb dnes klade stále větší požadavky na kvalitu právních služeb. Rozvoj odvětví IT služeb také způsobuje, že poslední dobou stále více případů končí u soudu. Jednou z důležitých částí IT služeb je právě smluvní zhotovení softwaru, které je předmětem této diplomové práce.

Smlouva o zhotovení softwaru, jako právní téma, je velice specifickým tématem, jelikož obsahuje problematické okruhy nejenom z oboru práva ale také z více technických oborů. K plnému porozumění obsahu této práce, je třeba mít alespoň základní znalosti v oboru vývoje softwaru. Základní znalosti práce s počítačem jsou pak považovány za samozřejmost.

Téma této práce je velice aktuální také kvůli rekodifikaci soukromého práva v České republice, která se stala účinnou během zpracovávání této práce. V textu se bude pracovat s českým právem, jelikož srovnání se zahraniční právní úpravou by vyžadovalo mnohem větší rozsah, než má tato práce k dispozici.

Cílem této práce je poskytnout co možná nejvíce komplexní pohled na smluvní úpravu zhotovení softwaru, s přihlédnutím k maximálnímu stanovenému rozsahu. Odborné články týkající se tohoto tématu se většinou soustředí na dílčí problémy a nezpracovávají téma v celé jeho šíři, přičemž jedna z nejvíce relevantních monografií je koncipována spíše jako praktická příručka. Proto jsem se rozhodl zaměřit se v této práci na smluvní úpravu zhotovení softwaru jako na komplexní problematiku.

Z hlediska struktury se tato práce člení na pět kapitol. První a pátá kapitola jsou úvodem a závěrem práce. Hlavní částí práce je kapitola číslo čtyři, která popisuje vlastní obsah smlouvy o zhotovení softwaru. Rozhodl jsem se nepřikládat žádný historický

exkurs, jelikož vzhledem ke stanoveným cílům v první kapitole, by takový exkurs postrádal smysl.

Práce obsahuje příklady z praxe stejně jako rozbor jednotlivých problematik týkajících se smluvní úpravy zhotovení softwaru. Pozornost byla věnována také licenční problematice, jelikož software je taktéž předmětem duševního vlastnictví. To, společně s rozбором současné právní úpravy smlouvy o dílo, poskytuje jedinečný vhled do smluvní úpravy zhotovení softwaru.

ABSTRACT (AJ)

Custom software development agreement is a very actual topic. Nowadays, the increasing demand for IT services puts greater demands on quality of legal services. Development of IT services in the Czech Republic also causes that more and more cases end up in court. One of important parts of IT services is the custom software development and the legal regulation of this phenomenon is the subject of this master's thesis.

Custom software development agreement as a legal topic is a very specific topic, because it contains not only problematic issues from the field of law but also from more technical fields. To fully understand content of this work, it is necessary to have at least basic knowledge in the field of software development. Basic computer skills are then taken for granted.

The topic of this thesis is very actual also because of the recodification of private law in the Czech Republic, which came into force during the elaboration of this thesis. Thesis will operate with the Czech law, because comparison with foreign legislation would require much larger scope of the paper, than the given one.

This thesis aims to provide the most complex view of the custom software development agreement as possible, considering defined scope of this paper. Articles regarding this subject are mostly focused on the partial problems and don't process the topic in its entirety and one of the most relevant monographs was conceived more as a

handbook. That is why I wanted to focus in this paper on the custom software development agreement in its entirety.

The structure of this thesis is divided into five separate sections. First and fifth sections are the introduction and the conclusion of the thesis. Main part is the section number four, which describes important content of the custom software development agreement. I decided not to include any historic excursion, because with goals introduced in the first section, such excursion would be pointless.

Thesis contains examples of good practice as well as the analysis of problems concerning the subject - custom software development. Attention was paid also to licensing issues, because software is also subject of the Intellectual Property. This, together with the analysis of the current legislation of contract for work, provides a unique insight into the custom software development.

KLÍČOVÁ SLOVA

Smluvní úprava zhotovení softwaru, softwarové právo, smlouva o dílo

KEY WORDS

Custom software development agreement, software law, contract for work